This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 056 955 933

Digitized by Google

U.

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ALEXANDER LOEFFLER

Received April 12, 1932

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Handbibliothek
des
österreichischen Rechtes.

Der österreichischen Rechtsliteratur mangeln bisher zum großen Theile kurzgefaßte, aber auf der Höhe der Wissenschaft stehende Compendien über die einzelnen Disciplinen. Gegenüber der überreichen Literatur des deutschen gemeinen und particularen Rechtes erscheint diese Lücke doppelt fühlbar und bedauerlich. Ein Bedürfniß nach derartigen Compendien dürfte aber vom Standpunkte des akademischen Studiums und der Praxis nicht in Abrede gestellt werden. Der Studirende sucht nach einem Leitfaden, der ihm die Orientirung auf dem weitverzweigten Gebiete der Rechtswissenschaft ermöglicht; dem Praktiker ist ein Werk willkommen, das unter gebührender Berücksichtigung der Fortschritte in den einzelnen Disciplinen, Auskunft über die verschiedenen, durch das nie rastende Leben erzeugten Rechtsfragen bietet. Eine juristische Handbibliothek, die den neuesten Stand der verschiedenen Gebiete des privaten und öffentlichen Rechtes präcis darstellt, ist auch dem bereits geschulten Juristen willkommen.

Dieses Bedürfniß soll durch die von uns herausgegebene

Handbibliothek des österreichischen Rechtes

befriedigt werden.

Dieselbe bildet eine Sammlung in sich abgeschlossener und selbstständiger Compendien über die Disciplinen des allgemeinen und besondern Privatrechtes und des öffentlichen Rechtes.

Ohne dem wissenschaftlichen Gehalte etwas zu vergeben, soll die Darstellung eine möglichst knappe und übersichtliche sein.

Bisher sind erschienen:

Das österreichische Zivilprozeßrecht

von

Dr. Dominik Allmann,

ord. Professor der Rechte a. d. Universität in Prag.

2. durchgesehene Auflage.

8°. 788 Seiten. — Preis geh. 5 fl. 40 kr. = 10 M. 80 Pf. — In Leinwand-Einband 6 fl. 40 kr. = 12 M. 80 Pf.

Digitized by Google

Grundzüge

des

österreichischen Verwaltungsrechtes

mit Berücksichtigung der

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes

von

Dr. Josef Aldrich,

Professor des österreichischen Staatsrechtes a. d. deutschen Karl Ferdinands-Universität in Prag.

8°. 348 Seiten. — Preis geh. 2 fl. 50 kr. = 5 M. — In Leinwand-Einband 3 fl. = 6 M.

Das österreichische Strafrecht

von

Dr. Karl Janka,

Professor an der deutschen Karl Ferdinands-Universität in Prag.

8°. 396 Seiten. — Preis geh. 2 fl. 80 kr. = 5 M. 60 Pf. — In Leinwand-Einband 3 fl. 30 kr. = 6 M. 60 Pf.

Der österreichische Strafprozeß

unter Berücksichtigung der

Rechtsprechung des Cassationshofes

systematisch dargestellt

von

Dr. Friedrich Rulf,

Regierungsrath u. o. ö. Professor d. Rechte a. d. deutschen Karl Ferdinands-Universität in Prag.

8°. 266 Seiten. — Preis geh. 2 fl. = 4 M. In Leinwand-Einband 2 fl. 50 kr. = 5 M.

Digitized by Google

Unter der Presse befindet sich

Das

österreichische Bergrecht

in seinen Grundzügen

von

Dr. C. F. Leuthold,
Bergamtsdirector.

Ferner befindet sich in Vorbereitung:

Das allgemeine Privatrecht. Unter Mitwirkung von Dr. A. Menzel, Prof. Dr. Josef Freiherrn von Schey, Hofrath Dr. Rittner und Dr. Otto Frankl, herausgegeben von Prof. Dr. Horaz Krasnopolski (3 Bände à 20—25 Bogen stark).

Das Handels- und Wechselrecht.

Das Verfahren außer Streitsachen von Dr. Josef Kaserer, k. k. Sectionsrath.

Das Concursrecht und das Concursverfahren.

Das Verfassungsrecht von Prof. Dr. F. Hanke.

Das Grundbuchsrecht von Prof. Dr. Horaz Krasnopolski in Prag.

Das Wasserrecht von Prof. Dr. Josef Ulbrich in Prag.

Specielle Theile des **Privatrechtes** und **öffentlichen Rechtes**, als: **Expropriationsrecht, Polizeistrafrecht, Gewerberecht, Preßrecht** und **Finanzrecht** sind ebenfalls in Aussicht genommen.

Prag: F. Tempsky. 1887. Leipzig: G. Freytag.

Digitized by Google

Länderkunde von Europa

herausgegeben

unter fachmännischer Mitwirkung

von

Alfred Kirchhoff.

Mit vielen Abbildungen in Schwarzdruck, sowie Karten u. Tafeln in Farbendruck.

Vollständig in 2 Bänden

oder in ca. 120 Lieferungen à 90 Pf. = 54 kr.

I. Band: Einleitung von Prof. Dr. **A. Kirchhoff.** — Übersicht über **Mittel-Europa** von Prof. Dr. **A. Penck.** — **Das deutsche Reich** von Prof. Dr. **A. Penck.** — **Österreich-Ungarn** von Prof. Dr. **A. Supan.** — **Die Schweiz** von Prof. Dr. **J. Egli** (unter Mitwirkung von Prof. Dr. **A. Heim** und Director **R. Billwiller**). — **Niederlande und Belgien** von Prof. Dr. **A. Penck.**

II. Band: **Frankreich, britische Inseln, Dänemark, Skandinavien und nordische Inseln** von Prof. Dr. **Fr. Hahn.** — **Finnland** von Prof. Dr. **J. Rein.** — **Rußland** von Dr. **Ed. Petri.** — **Rumänien** von Dr. **Paul Lehmann.** — **Die südeuropäischen Halbinseln** von Prof. Dr. **Theobald Fischer.**

Als Einleitung zu vorstehender „**Länderkunde von Europa**" ist erschienen:

Allgemeine Erdkunde

von

Dr. **Jul. Hann,** Dr. **F.** von **Hochstetter** und Dr. **A. Pokorny.**

Neue erweiterte Ausgabe. Lex. 8°. 1010 S. mit vielen Abbild. u. Karten.

Inhalt: I. Abschnitt: **Astronomische und physische Geographie** von Dr. Jul. Hann. — II. Abschnitt: **Die feste Erdrinde nach ihrer Zusammensetzung, ihrem Bau und ihrer Bildung** (Geologie) von Dr. Ferdinand v. Hochstetter. — III. Abschnitt: **Die Erde als Wohnsitz der Pflanzen, Thiere und Menschen** (biolog. Geographie) von Dr. Alois Pokorny.

Preis geh. 45 M. = 27 fl. — In solidem Halbfranzband 52 M. = 31 fl. 20 kr. — Auch in 50 Lieferungen à 90 Pf. = 54 kr. oder in 3 Abteilungen (I. Preis 13 M. 50 Pf. = 8 fl. 10 kr., II. Preis 13 M. 50 Pf. = 8 fl. 10 kr., III. Preis 18 M. = 10 fl. 80 kr.) zu beziehen.

Leipzig: **G. Freytag.** 1887. Prag: **F. Tempsky.**

Digitized by Google

Löf

Das

österreichische Zivilprozeßrecht.

Von

Dr. Dominik Ullmann
ord. Professor der Rechte an der deutschen Universität in Prag.

Zweite durchgesehene Auflage.

Prag.
F. Tempsky.

1887.

Leipzig.
G. Freytag

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

APR 12 1932

K. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.

Digitized by Google

Vorwort zur ersten Auflage.

In der vorliegenden Schrift wollte ich das geltende Prozeßrecht in einfachster und gedrängtester Form darstellen. Die Geschichte des Zivilprozeßrechtes in Österreich mußte bei Seite gelassen werden; das gemeine Recht, ohne welches ein fruchtbares Studium des österreichischen Rechtes ausgeschlossen ist, bedurfte keiner neuen Darstellung, sondern lediglich der Berufung. Allenthalben wurde daher auf Wetzell's System Bezug genommen, womit zugleich auf die dort angeführte Literatur verwiesen sein wollte. Überflüssig schien es mir, auf die Jedermann zugänglichen Handbücher ausführlich Bedacht zu nehmen, zumal im Streitfalle einfach Stellung zu nehmen war. Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung für Österreich hat meines Erachtens derzeit keine Aussicht, Gesetz zu werden, daher auch keinen Anspruch auf Berücksichtigung.

Bei der Ordnung des Stoffes glaubte ich die strikte Systematik wo nothwendig der Übersichtlichkeit und Faßlichkeit opfern zu dürfen. Die summarischen Prozeße habe ich nach reiflicher Erwägung in jener Reihenfolge dargestellt, in welcher sie erflossen sind.

Dem Studirenden wollte ich den Lehrer nicht entbehrlich machen; dem Praktiker wollte ich nicht werthlos bleiben.

Prag, im Juli 1884.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Vorwort zur zweiten Auflage.

Bei der Besorgung der zweiten Auflage dieses Handbuches war ich von denselben Erwägungen bestimmt, welche für die Anlage und die Ausführung der ersten Auflage maßgebend waren. Wach's Zivilprozeß konnte ich, da zur Zeit der Ausgabe desselben der erheblichste Theil meiner Arbeit bereits im Drucke ausgeführt war, nicht gebührend berücksichtigen. — Die sorgfältige Durchsicht veranlaßte eine vielfältige Ergänzung des Handbuches, durch welche ich die Brauchbarkeit desselben gemehrt erachte.

Prag, im Juli 1886.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Abkürzungen.

a. G. O. = allgemeine (josefinische) Gerichtsordnung.
a. H. E. = allerhöchste Entschließung.
Adv. O. = Advokaten-Ordnung.
ar. = Artikel.
arg. = Argument.
b. G. B. = allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.
Bag. V. = Bagatellverfahren.
Besitz V. = Summarisches Besitzstörungsverfahren.
Best. V. = Verfahren in Bestandstreitigkeiten.
C. = Oester. Centralblatt von Geller.
E. oder Ent. = Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes.
G. = Gesetz.
g. G. O. = Westgalizische Gerichtsordnung.
Gb. O., oder Grundb. O. = Grundbuchsordnung.
Gen. G. = Gesetz über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften.
Ger. H. = Gerichts-Halle.
Ger. Z. = Gerichtszeitung.
Gr. J. = Gerichtsinstruktion.
G. U. = Glaser-Unger-Walther'sche Sammlung der Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes.
H. G. B. = Handelsgesetzbuch.
Hfd. = Hofdekret.
Hftd. = Hofkammerdekret.
Hftzd. Hofkanzleidekret.
J. B. oder Jud. B. = Judikatenbuch.
J. G. S. = Justiz-Gesetz-Sammlung
J. M. E. = Justiz-Ministerial-Erlaß.
J. N., oder Jur. N. = Jurisdiktionsnorm.
Inst. = Instanz.
Jur. Bl. = Juristische Blätter.
Jur. Z. = Allgemeine Juristenzeitung.
K. M. P. = Kundmachungs-Patent.
K. V. = Kaiserliche Verordnung.
Kon. O. = Konkurs-Ordnung.
L. G. B. = Landesgesetzblatt.
M. E. Ministerial-Erlaß.
M. V. Ministerial-Verordnung.
Mand. V. = Mandatsverfahren.
N. oder Nr. mit angefügter Zahl = die Zahl der Justiz-Gesetz-Sammlung.

Digitized by Google

Not. O. = Notariats-Ordnung.
Not. Z. = Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit.
O. G. H. = Oberster Gerichtshof.
O. L. G. = Oberlandesgericht.
Pat. = Patent.
Pr. N. = Prozeß-Novelle, d. i. Gesetz vom 16. Mai 1874.
R. mit angefügter Zahl = die Nummer des Reichsgesetzblattes.
Res. = Resolution.
R. O. H. G. = Reichsoberhandelsgericht.
St. P. O. = Strafprozeß-Ordnung.
Staats G. G. oder St. G. G. = Staatsgrundgesetz.
Sum. V. = das (allgemeine) summarische Verfahren.
Spruchp. = Spruchpraxis von Riel.
Sp. R. oder Spruch R. = Spruchrepertorium.
V. = Verordnung.
W. O. = Wechselordnung.
Wech. Sich. V. = Wechsel-Sicherstellungsverfahren.
Wech. V. = Wechselverfahren.
Z. P. O. = Zivilprozeßordnung.
§. mit angefügter Zahl = der Paragraph der allgemeinen Gerichtsordnung; die in der Klammer eingefügte Zahl bezeichnet den Paragraphen der Westgalizischen Gerichtsordnung. — In einzelnen Theilen bezeichnet §. den Paragraphen eines bezeichneten anderen Gesetzes.

Digitized by Google

Inhalt:

Einleitung.

Zivilprozeß und Zivilprozeßrecht.

Seit

§. 1. Zivilgerichtliches Verfahren in und außer Streitsachen 1

Unentscheidend ist für die Theilung der Bestand oder Abgang eines Streites, das Ziel der Beseitigung oder Verhütung von Rechtsverletzungen. Verfahren außer Streitsachen ist amtliche Ordnung bestimmter Rechtssachen im öffentlichen Interesse, Verfahren in Streitsachen gerichtliche Privatrechtsverfolgung und Durchsetzung in Streitform.

§. 2. Ordentlicher und summarischer Prozeß 2

Begriff des ordentlichen und summarischen Verfahrens. Theilung des letzteren in beschränkte und vereinfachte Kognition, in regulär und irregulär summarisches Verfahren.

§. 3. Das österreichische Zivilprozeßrecht 4

Die Begründung gesetzlicher Einheit durch die allgemeine G. O. Die gleichzeitige Gerichtsorganisation. Die galizische G. O. Weitere Regelung des streitigen Verfahrens. Der Entwurf einer Z. P. O.

§. 4. Die Quellen des geltenden Zivilprozeßrechtes . . 7

Die Gesetze über das Verfahren: die allgemeine G. O., die galizische G. O., die Nachtragsverordnungen. Das Zivilprozeßrecht ist Gesetzesrecht.

§. 5. Die rechtliche Natur des Zivilprozeßrechtes . . . 11

Das Zivilprozeßrecht ist öffentliches Recht. Absolutes und dispositives Zivilprozeßrecht.

Digitized by Google

Seite

§. 6. Die Auslegung der Zivilprozeßnormen 11
Gesetzliche Bestimmungen über die Auslegung. Die Bedeutung der Praxis. Spruchrepertorien und Judikatenbuch.

§. 7. Die Grenzen der Anwendbarkeit des Zivilprozeßrechtes 13
Örtliche Grenzen. Zeitliche Grenzen.

§. 8. Literatur des geltenden Prozeßrechtes 16

Erster Theil.

Die Personen im Zivilprozesse.

Erster Titel.

Die Gerichte.

Erstes Kapitel.

Stellung und Organisation der Gerichte.

§. 9. Die Zivilgerichte. Die Verfassungsgerichte 19
Die Zivilgerichte. Der Staatsgerichtshof, das Reichsgericht und der Verwaltungsgerichtshof.

§. 10. Das Verhältniß der Gerichte zur Staatsregierung 21
Die Gerichtsbarkeit ist im Namen des Kaisers zu üben, von Gerichten, deren Organisation und Kompetenz von Gesetzen bestimmt ist. Die Gerichte sind unabhängig, — berufen zur Prüfung von Gesetzen und Verordnungen.

§. 11. Die äußere Organisation der Zivilgerichte . . . 23
Die Zivilgerichte erster Instanz: Kreis- (Landes-) und Bezirksgerichte, Handels- und Handelsbagatellgerichte, das Oberstthofmarschallamt, die öster. Konsulargerichte. Ordnung der Gerichtsbarkeit in Bosnien und der Herzegowina, in Egypten und in Tunis. — Gerichte zweiter und dritter Instanz.

§. 12. Die einzelnen Gerichtspersonen 29
Richter. Richterliche Hilfsbeamte. Das Kanzleipersonale und die von letzterem versehenen gerichtlichen Nebeninstitute. Amtspflichten der Gerichtspersonen. Disziplinarbehandlung.

§. 13. Die Ausübung der Gerichtsbarkeit 34
Die Ausübung der Gerichtsbarkeit bei den Einzelngerichten, bei den Kollegialgerichten und bei den Konsulargerichten. Die

Digitized by Google

Seite

Berathung und Abstimmung bei den Gerichtshöfen; die Senate; die Beschlußfassung, die Protokollirung derselben.

§. 14. Die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen 39

Die Ausschließung in erster und höherer Instanz — die Ablehnung.

Zweites Kapitel.

Die Kompetenz der Zivilgerichte.

I. Abschnitt.

Die Zuständigkeit der Zivilgerichte im Allgemeinen.

§. 15. Zivilprozeßsache 41

Zivilprozeßsachen sind die nach dem Privatrechte zu entscheidenden Streitsachen. — Beschränkung bezüglich des Kaisers und der Staatsbeamten. — Die Ministeranklage und die Syndikatsklage.

§. 16. Der Zusammenhang mehrer Rechtssachen 43

Materielle, formelle Konnexität.

§. 17. Die Einflußnahme der Strafgerichte auf Zivilrechtssachen 44

1. Bei genetischem Zusammenhang einer Zivil- und Strafsache (Adhäsionsverfahren), — 2. ohne solchen.

§. 18. Die Einflußnahme der Verwaltungsbehörden auf Zivilrechtssachen 46

Das Verhältniß der Gerichte und der Verwaltungsbehörden zu einander. Kompetenz der Verwaltungsbehörden für Zivilrechtssachen. Gegen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden in Zivilrechtssachen steht der Rechtsweg zu; die öffentlichrechtlichen Entscheidungen derselben unterliegen beschränkt der Ueberprüfung der Verwaltungsgerichte.

§. 19. Kompetenzkonflikte der Zivilgerichte mit anderen Behörden 50

Begriff von Kompetenzkonflikt. Die Entscheidung der Kompetenzkonflikte der Zivilgerichte und Verwaltungsbehörden, der Zivilgerichte und des Verwaltungsgerichtshofes durch das Reichsgericht.

Digitized by Google

Seite

II. Abschnitt.

Die sachliche und örtliche Kompetenz der Zivilgerichte.

§. 20. Allgemeines 53

1. Jurisdiktion und Kompetenz. 2. Feststellung, Dauer und Umfang der Kompetenz. 3. Begrenzung der Gerichtsbarkeit. Requisition. 4. Die Kompetenz der Oberlandesgerichte und des obersten Gerichtshofes.

I. Gesetzlich bestimmte Zuständigkeit:

A. Die sachliche Kompetenz.

§. 21. Die sachliche Kompetenz der ordentlichen Gerichte . 57

I. Die allgemeine Gerichtsbarkeit: α persönliche, β dingliche Gerichtsbarkeit. II. Die Handelsgerichtsbarkeit. III. Die Seegerichtsbarkeit. IV. Die Berggerichtsbarkeit.

§. 22. Die sachliche Kompetenz des Obersthofmarschallamtes und der Konsulargerichte 68

B. Die örtliche Kompetenz.

§. 23. Allgemeines 69

Der Kompetenzgrund. Der allgemeine Gerichtsstand und die besonderen Gerichtsstände Konkurrenz von Gerichtsständen.

§. 24. 1. Der allgemeine Gerichtsstand 71

Der Wohnsitz. Gesetzlich bestimmter Wohnsitz. Abgeleiteter Gerichtsstand. Allgemeiner Gerichtsstand der homines vagi, juristischer Personen und Gesellschaften.

2. Die besonderen Gerichtsstände:

§. 25. a) Aus der Annahme der Fortdauer des Wohnsitzes 74

1. Der Gerichtsstand in Verlassenschaftsangelegenheiten; 2. des §. 44 Jur. N.

§. 26. b) Aus Verhältnissen, welche im beschränkten Umfange das Domizil ersetzen 76

3. Der Gerichtsstand der Niederlassung und Registrirung; 4. für Bestandstreitigkeiten; 5. für Syndikatsklagen.

§. 27. c) Aus dem vermutheten Parteiwillen 77

6. Der Gerichtsstand des Vertrages; 7. für Reisende: 8. der geführten Verwaltung.

Digitized by Google

Seite

§. 28. d) Reste des gemeinrechtlichen Gerichtsstandes des Deliktes 79

9. Der Gerichtsstand bei Feldbeschädigung; 10. bei Besitzstörung; 11. für Klagen auf Ersatzleistung bei Verletzung von Menschen durch Ereignungen auf Eisenbahnen.

§. 29. e) Aus öffentlichem Interesse 80

12. Der Gerichtsstand für Gerichtsvorsteher; 13. der gelegenen Sache; 14. für Hypothekar- und Pränotationsrechtfertigungsklagen.

§. 30. f) Aus formeller Konnexität 82

15. Der Gerichtsstand für den Beweis zum ewigen Gedächtnisse; 16. für die Wiedereinsetzung; 17. für Aufforderungsklagen; 18. für Ansprüche im Konkurse; 19. der Streitgenossenschaft; 20. der Widerklage.

§. 31. g) Aus materieller Konnexität 87

21. Der Gerichtsstand für zusammenhängende Streitsachen.

§. 32. h) Aus Rücksicht für besondere Verhältnisse . . . 87

22. Der Gerichtsstand für Lehensstreitigkeiten; 23. für Fideikommißangelegenheiten; 24. für die Erwirkung provisorischer Sicherstellungsmittel; 25. für die Justifizirung der provisorischen Sicherstellung; 26. für die Exekution.

§. 33. 3. Der Gerichtsstand für Fremde 88

§. 34. II. Richterlich bestimmte Zuständigkeit . . 89

1. Im Falle eines Kompetenzstreites; 2. im Falle der Delegation.

§. 35. III. Durch Vereinbarung bestimmte Zuständigkeit 90

Die Vereinbarung der Zuständigkeit. Die Präklusion der Inkompetenzeinrede.

Zweiter Titel.

Die Parteien und deren Vertreter.

Erstes Kapitel.

Die Parteien.

§. 36. Die Prozeßsubjekte und deren Stellung im Allgemeinen 92

Die Hauptpersonen und die Nebenpersonen. Die Parteirollen und die Parteistellung.

Digitized by Google

Seite

§. 37. Die Partei-, Prozeß- und Postulationsfähigkeit . 94

Die Parteifähigkeit. Die Prozeßfähigkeit. Die amtliche Feststellung dieser Fähigkeit und die rechtliche Folge des Mangels derselben. Die Postulationsfähigkeit.

§. 38. Die Stellung der Prozeßsubjekte zu einander . . 99

Der Verkehr zwischen den Gerichten und Parteien. (Disziplin.) Der Verkehr der Parteien unter einander. Strafe bei Widerrechtlichkeit; Präventivmaßregeln dagegen.

§. 39. Die aktorische Kaution 102

Verpflichtung zur Bestellung. Befreiung. Wegfall der Verpflichtung. Die Bestellung über Begehren des Beklagten. Gesuch um mehre Sicherheit.

§. 40. Die Prozeßkosten 104

Kostenzuspruch und Kostenkompensation. Die Kosten eines Zwischenstreites. Allgemeine Geltung der Bestimmungen über den Kostenzuspruch. Voraussetzungen und Zeitpunkt des Zuspruches.

§. 41. Das Armenrecht 110

Der Anspruch auf das Armenrecht; die Entscheidung darüber; die Wirkungen des Armenrechtes.

§. 42. Die Klagenhäufung 112

Objektive Klagenhäufung. Subjektive Klagenhäufung. Voraussetzungen der Streitgenossenschaft und Begründung derselben; die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, die Einheit des Verfahrens. Die Streitgenossenschaft im Wechsel- und Mandatsprozesse.

§. 43. Die Intervention 120

Die Hauptintervention. — Die Nebenintervention. Die Berechtigung zum Beitritt, und die Berechtigung der Partei, Beihilfe zu fordern. Die Form des Beitrittes und die Streitverkündigung insbesondere. Das prozessualische Verhältniß des Intervenienten zur Partei.

§. 44. Die Benennung des Auktors 127

Die Nomination nach §. 375 im Gegensatze zu §. 348 b. G. B.

Zweites Kapitel.

Die Parteivertreter.

§. 45. Die Vertretung im Allgemeinen 129

Vertreter. Prozeßbevollmächtigte. Vollständigkeit der Repräsentation.

Digitized by Google

Seite

§. 46. Die Vertretung durch Advokaten. Die Finanzprokuratur 131

Die Organisation der Advokatur. Der Beruf des Advokaten; die Vertretung im Prozesse insbesondere. Die Pflichten des Advokaten bei der Vertretung im Prozesse. Die Entlohnung. Die Finanzprokuratur.

§. 47. Notare. Öffentliche Agenten. Winkelschreiberei . . 142

Die k. k. Notare als Notare, Gerichtskommissäre und Parteivertreter. Oeffentliche Agenten. Winkelschreiber.

§. 48. Veränderungen auf Seite der Parteien 144

Der Tod der Prozeßpartei und die Fusion von Aktiengesellschaften. Singularsukzession in das materielle Rechtsverhältniß, auf welches sich der Streit bezieht. Der Einfluß der Konkurseröffnung auf anhängige Streitsachen. Personenwechsel ohne Sukzession in das Rechtsverhältniß.

Zweiter Theil.

Das Streitverfahren.

Erster Titel.

Der Rechtsstreit im Allgemeinen.

1. Abschnitt.

Der Prozeßgang im Allgemeinen. Die Grundsätze des Zivilprozeßrechtes.

§. 49. Der Prozeßgang 148

Instruktions-, Beweis-, Erkenntniß-, Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahren.

§. 50. Die Grundsätze des Zivilprozeßrechtes 150

I. Prinzipien: 1. Beschränkung der Selbsthilfe; 2. Rechtsprechung durch gesetzmäßige und unabhängige Gerichte; 3. Beiderseitiges Gehör; 4. Dispositionsprinzip. — II. Maximen: 1. Verhandlungsmaxime; 2. Maxime der formalen, der arbiträren Ordnung; 3. Konzentrationsmaxime; 4. Maxime der Schriftlichkeit und der Mündlichkeit, der Mittelbarkeit und der Unmittelbarkeit; 5. Heimlichkeit und Öffentlichkeit; 6. Grundsatz formeller und materieller Wahrheit.

Digitized by Google

Seite

2. Abschnitt.

Die Prozeßhandlungen.

§. 51. A. Die Prozeßhandlungen der Parteien . . 161

Die Gattungen. Die Form (Eingaben, Protokolle). Die Wirkungen.

B. Prozeßhandlungen des Richters:

§. 52. 1. Gattungen derselben 166

Beurkundende, prozeßleitende, erkennende und vollstreckende Thätigkeit. Die prozeßleitende und vollstreckende Thätigkeit ist zugleich eine über die prozessualische Zulässigkeit des Antrages erkennende Thätigkeit, Stoff und Grenzen der prozessualischen Prüfung der Anträge. Die Erledigung der prozessualischen Anträge. Die Disziplinargewalt.

§. 53. 2. Formen der richterlichen Prozeßhandlungen . . 170

Schriftliche Ausfertigung aller Verfügungen und Entscheidungen. Urtheil und Bescheid. Die Begründung der Erledigung. Die Anwendung der Form des Urtheiles und Bescheides. Urtheil, Beschluß und Bescheid im Bagatellverfahren.

§. 54. 3. Die Wirkung der richterlichen Prozeßhandlungen 176

Formelle Rechtskraft. Materielle Rechtskraft; Wirkungen derselben. Rechtskraft der Endurtheile, nicht auch der Entscheidungsgründe. Rechtskraft der Abweisung der Klage in angebrachter Art und für jetzt.

§. 55. 4. Die Zustellung der gerichtlichen Verfügungen . 183

Die Zustellung ist Gerichtssache, aber von der Partei vorzubereiten. Die Zustellungsorgane. Die Person, an welche die Zustellung erfolgt. Die Art der Zustellung; die Beurkundung derselben. Die bei der Zustellung zu beachtende Reihenfolge.

3. Abschnitt.

Ort und Zeit für die Prozeßhandlungen.

§. 56. 1. Der Ort 187

Prozeßhandlungen im Amtslokal und außerhalb desselben.

§. 57. 2. Die Zeit für die Prozeßhandlungen 188

Ferialzeit. Einfluß der Ferien.

§. 58. Die Fristen 190

Die Eintheilungen der Fristen. Die Fristverlängerung. Die Berechnung der Fristen.

Digitized by Google

Seite

§. 59. Die Tagsatzungen 197

Die Tagsatzungen bestimmt der Richter. Arktatorische und monitorische Ladung. Die Erstreckung der Tagsatzung.

4. Abschnitt.

Prozessualisches Versäumniß und dessen Folgen.

§. 60. Prozessualisches Versäumniß 201

Die prozessualische Thätigkeit der Prozeßparteien wird nicht erzwungen. Das Gesetz statuirt keine Handlungspflicht. Der Richter erläßt in einzelnen Fällen eine Auflage; der Bescheid, mit welchem er eine Verhandlung anordnet, enthält keine Auflage.

§. 61. Der Eintritt der Versäumnißfolgen und die Beseitigung derselben 205

Die Versäumnißfolgen treten ein von selbst oder über Ungehorsamsbeschuldigung. Die Ungehorsamsbeschuldigung bei Fristen und Tagsatzung. Die Wiedereinsetzung zur Geltendmachung von Thatsachen und Beweismitteln, — bei Versäumung einer Frist oder einer Tagsatzung.

5. Abschnitt.

Die Beilegung einer Privatstreitsache ohne gerichtliches Streitverfahren.

§. 62. 1. Durch Entscheidung 210

Entscheidung der Verwaltungsbehörden, der schiedsgerichtlichen Ausschüsse der Gewerbegenossenschaften, der Gewerbegerichte. Entscheidung durch den Schiedsrichter.

§. 63. 2. Durch Vergleich 217

Gerichtlich exequirbare Vergleiche der Polizeibehörden, der Gemeindevermittlungsämter, der Gewerbegerichte. Im Verwaltungswege exequirbare Vergleiche der politischen Behörden, der schiedsgerichtlichen Ausschüsse der Gewerbegenossenschaften bez. der schiedsgerichtlichen Kollegien der einer Genossenschaft nicht angehörigen Gewerbsunternehmungen.

Digitized by Google

Seite

Zweiter Titel.

Das Streitverhältniß insbesondere.

Erstes Kapitel.

Die Begründung.

§. 64. Die Begründung des Streitverhältnisses 220

Klagerecht. Einlassungsrecht. Prozeßbegründung. Litiskontestation.

§. 65. Die Streitausschließung und die Streitablehnung . 224

Die Abweisung der Klage a limine. Sanirung der vom Richter übersehenen Mängel. Die Streitablehnung des Beklagten.

§. 66. Die Rechtswirkungen der Prozeßbegründung . . . 228

Die Rechtswirkungen nach Prozeßrecht. Die Rückwirkungen auf das Rechtsverhältniß.

Zweites Kapitel.

Der Inhalt.

I. Abschnitt.

Angriffs- und Verkheidigungshandlungen.

§. 67. Die Klage 232

Das rechtliche Fundament. Das historische Fundament; spezifisch rechtserzeugende Thatsachen, die Sachlegitimation, gerichtliche Verfolgbarkeit des Anspruches. Das Klagebegehren. Die Schlüssigkeit der Klage.

§. 68. Einreden. Repliken. Dupliken 238

Die Einreden. Eintheilung derselben. Das Vorbringen der Einreden. Repliken, Dupliken, Tripliken.

§. 69. Die Responsionen 242

Geständniß. Einfacher und motivirter Widerspruch. Nichtantworten.

II. Abschnitt.

Beweishandlungen.

§. 70. Grundlagen des Beweisrechtes 245

Die Rechtskenntniß des Richters. Die Feststellung des Faktums. Beweis. Beweisführung. Beweissatz. Beweismittel. Beweisgrund.

Digitized by Google

Seite

§. 71. Natürliche und gesetzliche Beweistheorie 251

Die Bedeutung gesetzlicher Beweisregeln. Die Beschränkung der Geltung der gesetzlichen Beweisregeln.

§. 72. Eintheilungen des Beweises. Glaubhaftmachung . 253

Vollständiger und unvollständiger, einfacher und zusammengesetzter, ordentlicher und außerordentlicher, feierlicher und nichtfeierlicher, schleuniger und langsamer Beweis. Die Glaubhaftmachung.

§. 73. Die Beweislast 255

Präsumtionstheorie. Affirmationstheorie. Die Theorie von Schneider-Rizy. Die Weber'sche Theorie. Unerheblichkeit der Beweislast bei vorliegendem Beweise.

§. 74. Gegenbeweis. Beweiseinreden 259

Die Beweiseinrede hindert den Beweis, der Gegenbeweis schließt die Wahrannahme aus. Die für den Gegenbeweis geltenden Sätze.

§. 75. Beweis der Rechtsnorm 261

Jura novit curia. Das zur Feststellung fremder Rechtsnorm geeignete Beweismaterial hat die Partei vorzulegen; der Richter hat es nach den Beweisregeln zu bewerthen.

§. 76. Befreiung von der Beweislast 263

Gerichtliches Geständniß. Nichtbestreiten. Notorietät. Interimswahrheiten.

§. 77. Die indirekte Beweisführung 267

Gesetzliche Vermuthung. Gemeine Schlußfolgerung. Das außergerichtliche Geständniß.

§. 78. Die Beweisführung und Beweiswürdigung im ordentlichen Prozesse und in den summ. Prozessen . 275

Die G. O. gebietet Beweisantizipation. Besonderes Beweisverfahren bei Eid, bei Zeugen- und Sachverständigenbeweis. Die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß. Abweichungen in den summarischen Prozessen.

Drittes Kapitel.

Der Abschluß.

§. 79. 1. Durch Abweisung der Klage 277

Abweisung der Klage a limine. Einstellung des Verfahrens. Entbindung von der Instanz.

Digitized by Google

Seite

§. 80. 2. Durch Erledigung der Streitsache 278

Erledigung durch Richterspruch, durch Vereinigung der Parteirollen, durch gerichtliche Entsagung, durch gerichtlichen Vergleich. Die Verjährung.

Dritter Titel.

Der Prozeßgang.

Erstes Kapitel.

Das ordentliche Verfahren.

Erster Abschnitt.

Das Instruktionsverfahren mit Ausschluß des Beweisverfahrens.

§. 81. Schriftliches und mündliches Verfahren 283

Die Gleichheit und Verschiedenheit beider Verfahrensarten. Die Adaptirung der G. O. für Berg- und Merkantilgerichte. Die Umgestaltung der Regel des §. 15 (16) über die Anwendbarkeit des schriftlichen und mündlichen Verfahrens. Vereinbarung der Verfahrensart.

§. 82. Die Klage 289

Anordnung des Inhaltes. Die Anbringung schriftlicher und mündlicher Klage.

§. 83. Der gerichtliche Beschluß über die Klage 290

Die unbedingte und bedingte Abweisung der Klage. Der Inhalt des Bescheides, mit welchem schriftliches oder mündliches Verfahren eingeleitet wird. Amtliche Benachrichtigung von der Klage. Rekurs gegen den Klagebescheid.

§. 84. Submission. Prozeßhindernde Einreden 293

Die Submission. Die Ablehnung der Streiteinlassung: 1. durch Gesuch um aktorische Kaution, 2. durch Einrede der Inkompetenz, Litispendenz und Prävention, 3. durch Einrede unbestreitbarer Feststellung der Klagsache. Die gleichzeitige Erledigung prozeßhindernden Vorbringens. Die Anzeige der Prozeßunfähigkeit, und des Zusammenhanges der Zivil- mit einer Strafsache. Aussetzung des Syndikatsprozesses.

§. 85. Die Streiteinlassung 299

Inhalt der Klagebeantwortung. Unvollständigkeit und Ausfall derselben.

Digitized by Google

Seite

§. 86. Die Replik und die darauf folgenden Parteireden . 301
Die Replik, Duplik, Triplik und Quadruplik.

§. 87. Der Verlauf des schriftlichen Verfahrens . . . 304
Die Erstattung und der Ausfall der Einrede, der Replik und Duplik. Zulassung einer Schluß- und Gegenschlußschrift. Nachträge zu den Schriften des Instruktionsverfahrens.

§. 88. Der Verlauf des mündlichen Verfahrens 306
Das ordentliche mündliche Verfahren. Das Verfahren mit Manuduktion. Verzicht und Kontumaz.

§. 89. Das Neuerungsverfahren 309
Neuerungen bewilligt das Gesetz, der Richter, der Gegner durch vorbehaltslose Beantwortung.

§. 90. Die Klageänderung und Klageverbesserung . . . 311
Wesen der Klageänderung und Zulässigkeit derselben bei mündlicher Klage. Die Klageverbesserung durch Klagenachtrag.

§. 91. Der Abschluß des Instruktionsverfahrens 313
Die Inrotulirung im schriftlichen, die Aktenverzeichnung im mündlichen Verfahren. Legungsstreit. Aktenverzeichnung bei Zwischenstreitigkeiten. Exrotulirung.

Zweiter Abschnitt.

Der Beweis.

I. Der Eid.

A. Der Eid als Bekräftigung.

§. 92. Begriff und Eintheilung des Eides. 316
Eintheilungen des Eides überhaupt und der Parteieide insbesondere.

§. 93. Die Eidesfähigkeit und Eidesleistung 319
Eidesunfähigkeit physischer Personen. Der Eid für eine juristische Person, einen Verein; der Eid bei offenen und Kommanditgesellschaften. Bestimmungen über die Art und die Feierlichkeiten der Eidesleistung, und über die Eidesformel. Befreiung vom Eid.

B. Die Parteieide.

§. 94 1. Im Allgemeinen 325
Unzulässigkeit des Eides. Die aus der Bedenklichkeit des Eides resultirenden Anordnungen. Die Eidesleistung dritter

Digitized by Google

Seite

Personen für die Prozeßpartei; der Eid eines Streitgenossen. Die Surrogirung des Eides durch Verzicht, durch den Tod, und durch bestätigte Eidesformel. Die Wirkungen des abgelgten Eides kann der Zivilrichter nicht beseitigen. Die probatio pro evitando perjurio.

2. Der Haupteid.

§. 95. Begriff. Voraussetzungen der Delation 334

Der Haupteid ist Parteidispositivakt und Beweissurrogat. Die Delation erfordert Vergleichsbefugniß, und regelmäßig die Anbietung des Eides über den Beweissatz. Aufgetragen wird der Eid dem Gegner: eine Beschränkung folgt aus §. 207 (280), und aus der Forderung des Eides „des Wissens und Erinnerns". Der Haupteid mit Beisatz bei Streitgenossenschaft.

§. 96. Die Delation. Gewissensvertretung 340

Die Art der Delation. Die Entscheidung über die Annahme und Zurückschiebung des Haupteides. Der unrückschiebbare Haupteid. Die Gewissensvertretung.

§. 97. Das Urtheil auf den Haupteid. Die Ablegung und Auslassung des Eides 344

Das vom Haupteid bedingte Endurtheil. Die Frist zur Antretung des Eides; die Antretung und Ablegung, die Auslassung desselben.

§. 98. 3. Der Erfüllungs- und Reinigungseid 348

Die G. O. kennt den Reinigungseid nicht. Die Voraussetzungen für den Erfüllungseid, die Zulassung und Ableistung.

§. 99. 4. Der Schätzungseid 350

Der Würderungseid. Der Quantitätseid.

II. Der Beweis durch Urkunden.

§. 100. Begriff und Bedeutung der Urkunden 353

Auskunftssachen, Monumente, briefliche Urkunden. Die rechtliche Bedeutung brieflicher Urkunden.

§. 101. Die materielle Glaubwürdigkeit brieflicher Urkunden 355

Dispositive Urkunden, Geständniß- und Zeugnißurkunden.

§. 102. Der Bücherbeweis 358

Der Beweis durch Mäklerbeurkundung. Die Handelsbücher überhaupt. Die Bücher der Vollkaufleute; der Kaufleute minderen Rechtes; ausländischer Kaufleute; der Er-

Digitized by Google

Seite

werbs- und Wirthschaftsgenossenschaften; der Kreditinstitute. Die Bücher der Handwerker. Die Ergänzung des Bücherbeweises.

§. 103. Die formelle Glaubwürdigkeit der brieflichen Urkunden 366

Die gesetzliche Form der öffentlichen und Privaturkunden. Die Echtheit. Die Unverfälschtheit. Die Heftung der Urkunden. Der Beweis erfordert die Urschrift. Beweis durch ein Referat, durch Kopien. Gerichtliche Erneuerung der Urkunden. Der Beweis des Inhaltes verlorener Urkunden.

§. 104. Der Beweis der Echtheit und der Fälschung . . 374

Der Echtheitsbeweis durch Zeugen, durch außergerichtliches Geständniß, durch Aufforderung des Eides, durch Schriftenvergleichung. Der Beweis der Unechtheit und Fälschung.

§. 105. Das Recht auf Beurkundung. Die Edition von Urkunden 377

Klage auf Beurkundung. Die Verpflichtung zur Herausgabe von Urkunden. Die öffentliche Verpflichtung zur Beurkundung. Die Vorlegung der Handelsbücher nach Art. 37 H. G. B. Die Mittheilung der Handelsbücher nach Art. 40 H. G. B.

§. 106. Die Beweisführung mit brieflichen Urkunden . . 382

Die Anbietung des Beweises. Die Inspektion der Originalien. Die Einsicht der Handelsbücher. Die Anwort des Produkten auf den angebotenen Beweis.

III. Der Beweis durch Zeugen.

§. 107. Begriff. Verwendbarkeit. Zeugnißpflicht 387

Die Zeugen. Der Zeugenbeweis ist ohne Beschränkung zugelassen; die Zeugnißpflicht eine allgemeine.

§. 108. Die Fähigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen . 389

Die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen ist nicht lediglich Vertrauenssache der Parteien. Unzulässige Zeugen. Über Einwendung des Gegners verwerfliche und bedenkliche Zeugen. Die bei dem Zeugenverhör ermittelte Verwerflichkeit und Bedenklichkeit ist frei zu würdigen.

§. 109. Die Beweiskraft der Zeugenaussage 394

Die Erfordernisse der Aussage des einzelnen Zeugen. Die Nothwendigkeit der Unterstützung der Aussage durch weitere Aussage, oder weiteren Beweis.

Digitized by Google

Seite

§. 110. Das Verfahren im ordentlichen Zeugenbeweis . . 396

Die Anbietung, Zulassung, Antretung, Aufnahme und Ausführung des Zeugenbeweises.

§. 111. Der Gegenbeweis mit Zeugen 405

Der Gegenbeweis ist in demselben Beiurtheile zuzulassen; er ist auch zulässig mit den Zeugen des Hauptbeweises. Die Antretung des Gegenbeweises.

§. 112. Der summarische Zeugenbeweis. Der Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß 406

Die Anbietung, Zulassung, Antretung und Aufnahme des summarischen Zeugenbeweises. Der Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß, und die Benützung desselben in dem Prozesse.

§. 113. Die Würdigung des Zeugenbeweises und falscher Aussage 410

Prüfung der Zulässigkeit des Zeugenbeweises und der Aussage bei der Entscheidung der Streitsache. Wirkung des Geständnisses, und des Beweises falscher Aussage.

IV. Der Beweis durch Kunstverständige.

§. 114. Die Stellung der Sachverständigen. Der Beweis durch Sachverständige 411

Die Sachverständigen als Urkundspersonen, Zeugen, Hilfsorgane des Richters, und bei dem Sachverständigenbeweis. Die Verpflichtung zur Verwendung als Sachverständiger. Die Erfordernisse des Sachverständigenbeweises.

§. 115. Das Verfahren bei dem Sachverständigenbeweis . 415

Die Anbietung, Zulassung, Antretung, Aufnahme und Ausführung des förmlichen Sachverständigenbeweises. Der Sachverständigenbeweis zum ewigen Gedächtnisse; insbesondere jener der ar. 348, 365, 407 H. G. B.

§. 116. V. Der gerichtliche Augenschein 420

Begriff. Veranlassung durch Parteiantrag. Die Aufnahme, nicht aber die Zulassung, erfolgt nach den für den Sachverständigenbeweis gegebenen Bestimmungen. Augenschein zum ewigen Gedächtniß hat nicht statt.

§. 117. VI. Die sog. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel 422

Die Beweismittel des Gegners können zur Herstellung eines Haupt- und Gegenbeweises gebraucht werden. Das

Digitized by Google

Seite

Beweismittel des Produzenten kann dem Produkten zu statten kommen. Die Widerruflichkeit des einseitig angebotenen Beweises. Die Bedeutung der Urkunde für den Produkten.

Dritter Abschnitt.

Das Rechtsmittelverfahren.

§. 118. Begriff von Rechtsmittel. Eintheilungen 429

Rechtsmittel im weiteren, engeren und engsten Sinne. Die Eintheilungen.

I. Die Appellation.

§. 119. Die Voraussetzungen. Die Begründung. Der Effekt 431

Die Appellation ist gegen jedes Urtheil, und gegen jeden Punkt der Entscheidung den Streitparteien vorbehalten; sie hat lediglich eine Überprüfung des ersten Urtheiles zur Folge. Der Suspensiv- und Devolutiveffekt. Beiderseitige Appellation.

§. 120. Das Appellationsverfahren 434

Die Appellations-Anmeldung, Beschwerde, Einrede. Der Bericht an das Appellationsgericht. Das Abstehen von der Appellation. Die Entscheidung des Appellationsgerichtes.

§. 121. II. Die Revision 440

Die ordentliche Revision. Die Entwicklung und Gestaltung der a. o. Revision.

§. 122. Die Nichtigkeit und deren Geltendmachung 443

Die Nullitätsgründe. Die devolutive Nichtigkeitsbeschwerde. Die gesetzlich bestimmte remonstrative Nichtigkeitsbeschwerde. Die anderweitige Geltendmachung der Nullität.

§. 123. III. Der Rekurs 447

Der ordentliche und a. o. Rekurs. Beschränkungen.

IV. Die prozessualische Restitution.

§. 124. Im Allgemeinen 450

Der Grund, die Arten der prozessualischen Restitution. Verweisung auf die bereits dargestellte Wiedereinsetzung.

§. 125. Die Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel 452

Judicium rescindens und rescissorium. Bestimmung der Zulässigkeit dieser Restitution.

Digitized by Google

Seite

§. 126. Die Restitution wegen schlechter rechtsfreundlicher Vertretung 455

Diese Restitution ist zur G.O. zugewachsen. Die Gestaltung derselben.

Zweites Kapitel.

Die besonderen Verfahrensarten.

I. Abschnitt.

Besondere Verfahrensarten der Gerichtsordnung.

I. Der Aufforderungs- und Rechnungsprozeß.

§. 127. Die Aufforderung im Allgemeinen 458

Öffentliche Aufforderungen zur Anmeldung von Ansprüchen. Spezielle Aufforderungen zur Rechtswahrung. Aufforderung einer Mehrheit zu einer Klage; Aufforderung bestimmter Personen zur Anbringung einer bestimmten Klage.

§. 128. Die Aufforderung bei einer Berühmung 460

Voraussetzungen für die Aufforderung. Die klagweise Aufforderung, und die Beantwortung derselben. Die gesetzlich genannten Berühmungsakte.

§. 129. Die Aufforderung bei einem vorzunehmenden Bau . 468

Die Verhandlung der Baupolizeibehörde und der sich anschließende Rechtsweg. Das Aufgebotsverfahren bei Wasserbauten.

§. 130. Der Rechnungsprozeß und die Aufforderung dazu . 470

Eigenthümlichkeiten des Rechnungsprozesses. Aufforderung zu gerichtlicher Bemängelung der Rechnung. Klage auf Rechnungslegung.

§. 131. II. Der Exekutivprozeß 472

Voraussetzungen. Verlauf. Die Exekution zur Sicherstellung.

§. 132. III. Der Antrag auf eidliche Angabe . . . 474

Der Antrag auf Manifestation nach §. 219 (293) — im Konkurse — bei Erfolglosigkeit der Exekution auf Zahlung einer Geldforderung. Der Antrag auf Manifestation nach §. 220 (294)

Digitized by Google

Seite

II. Abschnitt.

Besondere Verfahrensarten der Nachtragsgesetze.

I. Das Verfahren in Ehesachen.

§. 133. Allgemeines 478

Gesetzesquelle. Umfang und Gestaltung des Verfahrens. Die Zuständigkeit.

§. 134. Das Verfahren über die Scheidung von Tisch und Bett 479

Die einverständliche, die nicht einverständliche Scheidung.

§. 135. Das Verfahren über die Ungiltigkeit der Ehe . . 483

Einleitung des Verfahrens von Amtswegen und über Antrag. Der defensor matrimonii. Die Offizialmaxime. Die Rechtsmittel gegen das Urtheil.

§. 136. Das Verfahren über die Trennung der Ehe . . 487

Verfahren bei Trennung von Judenehen, und bei Trennung anderer Ehen. Die Auflösung der Ehe ist kein Gegenstand des Streitverfahrens.

II. Das (allgemeine) summarische Verfahren.

§. 137. Gesetzesquelle. Charakteristik 490

Gesetzesquelle ist das Hfd. v. 24. Oktober 1845, subsidiär die G. O. Das damit bezielte neue Verfahren.

§. 138. Die Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens . 492

Summarisches Verfahren ist einzuleiten von Amtswegen, über Antrag des Klägers, und über Vereinbarung der Parteien. Modifizirt summarisches Verfahren in Anfechtungsstreitigkeiten.

§. 139. Die Parteivertretung 495

Anwaltszwang für die Verhandlung bei Gericht und für schriftliche Eingaben. Der Eintritt von Advokaten ändert das Verfahren nicht. Zulassung gemeiner Bevollmächtigter.

§. 140. Die Klage und deren Erledigung 497

Die Einleitung des summarischen Verfahrens über Klageanmeldung, über mündliche und schriftliche Klage. Der Rekurs gegen den Klagebescheid.

§. 141. Die Tagsatzung zur summarischen Verhandlung . . 499

Abschluß der Sache bei Submission und Vergleich. Prozeßhindernde Einreden. Die gerichtliche Leitung der summa-

Digitized by Google

Seite

rischen Verhandlung; die Ergänzungstagsatzung. Die Klageänderung und Klageverbesserung. Die Kontumaz und die Rechtfertigung des Ausbleibens. Die Erstreckung der Tagsatzung.

§. 142. Der Beweis 504

Der Beweis durch Zeugen, durch Sachverständige, durch briefliche Urkunden. Der Beweis der Echtheit der Urkunden. Der Beweis durch Eid.

§. 143. Das Urtheil 509

Prüfung der Vollständigkeit der Verhandlung. Bedachtnahme auf die Bestimmungen über den Eid. Der Umfang der Zustellung an die Parteien.

§. 144. Die Rechtsmittel 510

Die Appellation. Die Revision. Die Nullitätsbeschwerde. Der Rekurs. Die Restitution.

III. Das summarische Besitzstörungsverfahren.

§. 145. Gesetzesquelle. Die Voraussetzungen für den summarischen Besitzesschutz 514

Die V. vom 27. Oktober 1849 und deren Subsidiarquelle. Summarischen Schutz findet der letzte faktische Besitzstand. Die Voraussetzungen des possessorischen Schutzes.

§. 146. Die Besitzstörungsklage und die Vertheidigung . . 517

Die Klagebegründung. Das Begehren. Die Beschränkung der Vertheidigung.

§. 147. Die Besitzstörungsverhandlung 518

Das Verfahren ist obligatorisch, immutabel, mündlich protokollarisch, frei von Advokatenzwang. Die Verhandlung ist thunlichst beschleunigt. Es gilt Offizialmaxime; die Feststellung der streitigen Thatsachen ist ein Stück der einheitlichen Verhandlung. Die provisorischen Anordnungen. Die Entscheidung. Die Rechtsmittel.

IV. Das Verfahren in Wechselstreitigkeiten.

§. 148. Gesetzesquelle. Anwendbarkeit. Zuständigkeit . . . 524

Das besondere Wechselverfahren gilt nur für Klagen auf Zahlung, und auf Sicherstellung nach ar. 25 und 29 W. O. Sachlich kompetent ist der Handelsgerichtshof. Die örtliche Zuständigkeit ist besonders geregelt.

Digitized by Google

Seite

§. 149. Die Wechselklage und deren Erledigung 526

Mandat und Tagsatzung zur wechselrechtlichen Verhandlung bei Klagen auf Zahlung und auf Sicherstellung.

§. 150. Rekurs und Einwendungen gegen die Klageerledigung 530

Der Rekurs gegen den Klagebescheid; die Einwendungen gegen das Mandat; die Erledigung der Einwendungen.

§. 151. Die wechselrechtliche Verhandlung. Das Urtheil . 533

Die wechselrechtliche Verhandlung ist eine beschleunigte, modifizirt summarische Verhandlung. Das Urtheil. Die Frist zur Antretung von Eiden und zur Erfüllung der Verbindlichkeit.

§. 152. Die Rechtsmittel 536

Appellation und Revision. Rekurs. Restitution.

§. 153. Die Sicherstellung im Zuge des Verfahrens. Die Exekution 538

Grundlage der Sicherstellung ist das angefochtene Mandat, oder die Verzögerung der wechselrechtlichen Verhandlung. Die Bewilligung der Exekution zur Sicherstellung wegen Verzögerung der Verhandlung erfolgt im Prozesse auf Sicherstellung sofort bei Eintritt der Verzögerung, im Prozesse auf Zahlung aber erst nach fruchtlosem Sicherstellungsauftrag, begreift aber in diesem Falle auch die Feilbietung. Die wechselrechtliche Exekution.

§. 154. V. Der Mandatsprozeß 541

Der Mandatsprozeß nach den Verordnungen vom 21. Mai 1855 und 18. Juli 1859, — nach der V. vom 28. Oktober 1865, — und nach dem Gesetze vom 12. Juli 1872.

§. 155. VI. Das Verfahren in Bestandstreitigkeiten . 547

Das maßgebende Gesetz und dessen Anwendbarkeit. Die Kompetenz. Die Aufkündigung des Bestandvertrages. Der Auftrag nach §. 11. Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Bestandverträgen. Die für einzelne Streitfälle angeordnete Beschleunigung der Verhandlung; beschränkte Kognition. Die Räumungsfrist. Die zwangsweise Räumung und die stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages.

§. 156. VII. Der Syndikatsprozeß und das bezügliche Rückersatzverfahren 563

Voraussetzungen der Syndikatsklage. Die Klagebegründung. Die Kompetenz. Das Verfahren über Syndikatsklagen. Der Rückersatzprozeß.

Digitized by Google

Seite

VIII. Das Bagatellverfahren.

§. 157. Gesetzesquelle. Charakteristik 570

Das Gesetz über Bagatellverfahren. Die in diesem Verfahren zur Geltung gebrachten Grundsätze.

§. 158. Die Anwendbarkeit des Bagatellverfahrens. Die Bagatellgerichtsbarkeit 572

Das Bag. V. leitet der Richter ein von Amtswegen, über Antrag des Klägers, und über Vereinbarung der Parteien. Das Bag. V. ist immutabel. Bagatellgerichte sind die Bezirksgerichte und die besonderen Handelsbagatellgerichte. Die Bagatellrichter bestellt der Präsident des Gerichtshofes erster Instanz.

§. 159. Die Prozeßfähigkeit. Die Parteivertretung. Die Zeitberechnung 577

Die Prozeßfähigkeit Minderjähriger. Zulassung gemeiner Bevollmächtigter. Die Nichteinrechnung der Tage des Postenlaufes in die Fristen.

§. 160. Die Klage und deren Erledigung 578

Die Klage hat ein bestimmtes Begehren, nicht nothwendig auch die Begründung zu enthalten. Das Erscheinen beider Theile zur Streitverhandlung. Klagenhäufung. Klagebescheid.

§. 161. Die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung im Bagatellverfahren 580

Die Öffentlichkeit der Verhandlung. Abschluß der Verhandlung bei Submission und Vergleich. Der Ausfall prozeßhindernder Einreden. Die Verhandlung ist mündlich; Inhalt des Protokolles Die mündliche Verhandlung ist Parteisache; Klageänderung beschränkt zugelassen. Der Richter sorgt für Ordnung im Gerichtssaal, für erschöpfende Erörterung der Streitsache. Das daraus fließende Fragerecht, und das Recht zum Augenschein. Der Richter ordnet die Verhandlung; Theilung der Verhandlung; Verbindung. Die Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung. Die Erstreckung der Verhandlung mit Wahrung der Einheitlichkeit.

§. 162. Der Beweis und die Beweisführung im Allgemeinen 591

Der Grundsatz freier Beweiswürdigung, und der Gesammtwürdigung des Parteivorbringens. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisführung, und zwar über Anbietung, Zulassung und Aufnahme der Beweise. Die Fortsetzung der Verhandlung nach der Beweisführung.

Digitized by Google

Seite

§. 163. Der Beweis durch Urkunden 596

Für den Urkundenbeweis gelten im Allgemeinen die Beweisregeln der G. O. Das Beweisverfahren. Das Editionsverfahren.

§. 164. Der Beweis durch Zeugen 598

Die Zeugen theilen sich in zulässige und unzulässige. Das Exkusationsrecht zulässiger Zeugen. Die Aussage unter und ohne Eid. Das Beweisverfahren.

§. 165. Der Beweis durch Sachverständige und durch Augenschein 602

Es genügt ein Sachverständiger. Für die Beweisaufnahme gelten die Bestimmungen über Zeugenbeweis. Der Instruktions- und Beweisaugenschein sind identisch. Das Verfahren dabei.

§. 166. Der Beweis durch Abhörung der Parteien als Zeugen 603

Das Parteizeugniß an Stelle des Haupt-, Schätzungs- und Erfüllungseides. Die zum Parteizeugniß berufene Person. Die Aussage und Gegenaussage der Parteien. Der Vorgang bei der Abhörung der Parteien als Zeugen.

§. 167. Die Entscheidung 610

Das Urtheil in der Streitsache. Das Theilurtheil. Die Verkündigung, Abfassung und Zustellung des Urtheiles. Das Versäumungsurtheil. Beschlüsse und Bescheide, deren Verkündigung und Zustellung.

§. 168. Die Rechtsmittel 617

Die Berichtigung von Schreibfehlern. Die Nullitätsbeschwerde gegen Urtheile. Rekurs und Vorstellung gegen Beschlüsse. Die Restitution.

§. 169. IX. Das Mahnverfahren 624

Das maßgebende Gesetz und die Struktur des Mahnverfahrens. Voraussetzungen der Zulässigkeit. Die Kompetenz. Das Gesuch um bedingten Zahlungsbefehl. Der Zahlungsbefehl. Die Rechtsmittel gegen die Erledigung des Gesuches um Zahlungsbefehl. Die zeitliche Beschränkung der Exequirbarkeit des Zahlungsbefehles. Die Erwirkung des Zahlungsbefehles mittelst Klage.

Digitized by Google

Dritter Theil.

Das Sicherungs- und Exekutionsverfahren.

Erstes Kapitel.

Das Sicherungsverfahren.

Seite

§. 170. Die Sicherungsmittel im Allgemeinen 637

Die G. O. erschöpft in den Kapiteln 28—30 die Sicherungsmittel nicht. Das Gemeinsame aller Sicherungsmittel der G. O.

§. 171. Der Personalarrest 639

Die Voraussetzungen für die Bewilligung. Der Vollzug. Die Aufhebung des Arrestes. Die Genugthuungsklage.

§. 172. Verbot auf fahrende Güter 642

Voraussetzungen für die Bewilligung. Rechtswirkungen des Verbotes. Die Behebung.

§. 173. Die provisorische Sequestration des Streitgegenstandes 645

Die Fälle der Zulässigkeit. Die Bewilligung und der Vollzug der Sequestration. Die Aufgabe des Sequesters. Die Justifizirung.

Zweites Kapitel.

Das Exekutionsverfahren.

§. 174. Die Exekution im Allgemeinen 649

Das Recht zum Zwange, und auf Bethätigung des Zwanges. Begrenzung des Zwanges. Die Vermögensexekution ist eine Spezial-Ausschluß-Exekution. Die Theilung der Exekution in eine solche zur Sicherstellung und zur Befriedigung.

§. 175. A. Die Exekution zur Sicherstellung 651

Inhalt derselben. Die Grundlagen der Exekution zur Sicherstellung durch Pfändung, Schätzung und Sequestration. Das Verhältniß der Sicherstellungsexekution zur Exekution zur Befriedigung. Die Beschränkung, Aufhebung und Einstellung der Exekution zur Sicherstellung.

B. Die Exekution zur Befriedigung.

I. Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung.

§. 176. Vollstreckbare Schuldtitel 657

Gerichtlich vollstreckbare Schuldtitel sind ein gerichtlicher Vertrag und ein gerichtlicher Spruch; ausnahmsweise die

Digitized by Google

Seite

Entscheidungen der Verwaltungsbehörden; bestimmte vollstreckbare Urkunden; Urtheile österr. Schiedsgerichte, und Urtheile auswärtiger Gerichte. Die Voraussetzungen der Gewährung der Rechtshilfe.

§. 177. Die auf den Schuldtitel bezüglichen weiteren Voraussetzungen 665

Der Spruch oder Vertrag muß seinem Inhalte nach vollstreckbar, rechtskräftig, unbedingt, die Zeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit muß abgelaufen sein.

§. 178. Die Kompetenz zur Zwangsvollstreckung 668

Die Zuständigkeit für die Bewilligung, und für den Vollzug der Exekution. Bewirkung der Zwangsvollstreckung im Auslande.

§. 179. Der Antrag auf Exekution 672

Die Exekution steht zu dem Kläger gegen den Beklagten, ohne zeitliche Beschränkung. Das Gesuch um Zwangsvollstreckung, und die Verständigung von der Bewilligung derselben. Die Erwirkung der Exekution ausländischer Urtheile.

II. Die Exekutionshinderung.

§. 180. 1. Die Hinderung durch Thatsachen 678

a) Durch ein gesetzliches Moratorium; b) durch die Gläubigerkonvokation bei der Verlassenschaftsabhandlung; c) durch Eröffnung des Konkurses; d) durch Bewilligung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens.

§. 181. 2. Durch Rechtsmittel 680

Der Rekurs. Die Opposition. Die sog. Entpfändungsklage. Die Anfechtung exequirbarer Notariatsakte.

III. Der Exekutionsvollzug.

§. 182. Allgemeines 686

Die Exekution ist ein selbstständiges Prozeßstadium, die Zwangsmittel sind gesetzlich bestimmt und beschränkt. Der Personalarrest und dessen Beschränkungen. Beschränkungen der Realexekution: 1. aus dem Rechte des Exekuten, 2. aus den gesetzlichen Anordnungen über den Verkehr mit Sachen, 3. aus staatlichen Interessen, 4. aus besonderer Widmung, 5. aus besonderen Anordnungen. Die Beschränkung der Exekution der Bezüge aus privaten Arbeits- und Lohnverhältnissen. Die Beschränkung der Exekution der Bezüge der im öffentlichen Dienste stehenden Personen und deren Hinterbliebenen. Die Berücksichtigung der gesetzlichen Beschränkungen bei der Bewilligung und dem Vollzug der Exe-

Digitized by Google

Seite

kution. Der Schutz gegen die Vereitelung der Zwangsvollstreckung. Der Vorgang bei der Exekution.

§. 183. a) Die Exekution von Ansprüchen außer Geldforderungen 703

Die Exekution: 1. auf Übergabe eines liegenden Gutes; 2. auf Einräumung eines dinglichen Rechtes an einem liegenden Gute; 3. auf Löschung einer Eintragung im Grundbuche; 4 auf Räumung des Bestandgegenstandes; 5. auf Übergabe bestimmter beweglicher Sachen; 6. auf Übergabe generell bestimmter beweglicher Sachen; 7. einer vertretbaren Handlung; 8. einer unvertretbaren Handlung; 9. einer Duldung oder Unterlassung; 10. auf Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf.

b) Die Exekution von Geldforderungen.

§. 184. Die Exekution mit Ausschluß der Veräußerung von Mobilien und Immobilien 707

Durch Abnahme von Bargeld. Durch Überweisung einer Besoldung. Durch Einantwortung von Forderungen. Durch exekutive Sequestration.

§. 185. Die Exekution durch Veräußerung unbeweglichen Gutes 714

1. Die exekutive Pfändung. 2. Die Schätzung. 3. Die Feilbietung. A. Die Feilbietungsbedingnisse. B. Die Feilbietungstermine. C. Das Feilbietungsedikt. D. Die Verständigung der Interessenten. E. Die Feilbietung selbst. F. Die Relizitation. 4. Das Vertheilungsverfahren und die Einantwortung.

§. 186. Die Exekution durch Veräußerung beweglicher Sachen 738

1. Die exekutive Pfändung. Die enge Sperre und Transferirung. Die Simultanpfändung. Der Beitritt zur Pfändung. Die Nachpfändung. Vollzugsanstände. Die Relation über die Pfändung und deren Erledigung. 2. Die Schätzung. 3. Die Feilbietung und Zuweisung des Kaufpreises.

Digitized by Google

Einleitung.

Zivilprozeß und Zivilprozeßrecht.

§. 1.

Zivilgerichtliches Verfahren in und außer Streitsachen.

Die Staatsgewalt sichert den Genuß der Privatrechte. Dem Berechtigten ist Abwehr eines jeden Versuches der Behinderung der Rechtsausübung vorbehalten (§. 19, 344 b. G. B., §. 2 Straf.-G.), aber Selbsthilfe, eigenmächtige Durchsetzung vermeintlicher Befugnisse versagt.[1]) Die Staatshilfe für Privatrechte vermitteln im Allgemeinen die Gerichte. Der Vorgang bei Gericht, durch welchen Privatrechte der Staatshilfe theilhaftig werden, heißt zivilgerichtliches Verfahren.

Das zivilgerichtliche Verfahren zerfällt in das Verfahren in Streitsachen (Zivilprozeß, streitige Gerichtsbarkeit, jurisdictio contentiosa) und das Verfahren außer Streitsachen (freiwillige Gerichtsbarkeit, jurisdictio voluntaria, nobile officium judicis). Anerkannt wurde, daß für diese Theilung nicht der Bestand oder Abgang eines Streites maßgebend sei, daß der Zivilprozeß auch ohne Streit, das Verfahren außer Streitsachen auch bei Parteistreit bestehe. Man erklärt daher, der Zivilprozeß habe es mit der Beseitigung, das Verfahren außer Streitsachen aber mit der Verhütung von Rechtsverletzungen zu thun, die streitige Gerichtsbarkeit sei Repressivjustiz, die nicht streitige Gerichtsbarkeit sei Präventivjustiz.[2]) Auch diese Bestim-

[1]) Zugelassen ist die Privatpfändung im b. G. B. in den §§. 1321 u. 1322 die Beschränkung der persönlichen Freiheit von Verbrechern, schädlichen oder gefährlichen Menschen im §. 93 Straf.-G.

[2]) Menger: System des österr. Zivilprozeßrechtes 1876, §. 3.

Digitized by Google

mung erscheint nicht zutreffend, denn der Zivilprozeß hat auch statt, wenn eine Rechtsverletzung nicht vorliegt, das Verfahren außer Streitsachen dient nicht schlechthin der Verhütung von Rechtsverletzungen.

Das Verfahren außer Streitsachen beschränkt sich auf ein vom Gesetz begrenztes Gebiet, in welchem ein Staatsorgan verfügt oder anderweitig intervenirt, weil bei der Ordnung der Dinge ein öffentliches Interesse (Gewährung des hilfsbedürftigen Personen zugesicherten Gesetzesschutzes, Ordnung der Besitzverhältnisse, Fundirung des Immobilarkredites u. dergl.) mit unterläuft. Das diesfällige Verfahren ist theils obligatorisch, also die Ordnung der bezüglichen Angelegenheiten im Wege gerichtlichen Verfahrens geboten (Verlassenschaftsabhandlung, Vormundschaft und Kuratel, Obsorge über Fideikommisse, Adoption, Grundbuchswesen), theils fakultativ, also die Benützung der Einrichtungen zu sicherer Ordnung der Verhältnisse freigestellt (Notariat).

Der Zivilprozeß umfaßt das ganze Gebiet des Zivilrechtes; er bezielt unanfechtbare Feststellung der Privatrechte durch Richterspruch [3]) und Durchsetzung festgestellter Rechte über Verlangen des Interessenten auch bei Widerstreit des Gegners; — er ist gerichtliche Privatrechtsverfolgung und Durchsetzung in Streitform. Die Summe der diesen Vorgang regelnden Normen ist Zivilprozeßrecht, die systematische Darstellung derselben Zivilprozeßtheorie.

§. 2.

Ordentliche und summarischer Prozeß.*)

Man unterscheidet ordentlichen und summarischen Zivilprozeß.

---

[3]) Schultze: Konkursrecht 1880. S. 151.

*) Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses 1878, §. 29. — Mengen: System §. 4.

Digitized by Google

Ordentlicher Prozeß ist jener, in welchem das streitige Rechtsverhältniß im vollen Umfange und mit Anwendung aller Prozeßförmlichkeiten erörtert wird. Die G. O. kennt als Formen des ordentlichen Verfahrens das schriftliche und das mündliche Verfahren.

Jeder andere Prozeß ist ein summarischer wegen des Abbruches am Inhalte oder an den Förmlichkeiten, wodurch im Allgemeinen der Rechtsgang beschleunigt wird, aber auch Zwecke erreicht werden, welchen die Prozeßförmlichkeiten hinderlich sind.

Das summarische Verfahren, in welchem das streitige Rechtsverhältniß nicht in vollem Umfange erörtert wird, bezeichnet man als beschränkte Kognition, — jenes summarische Verfahren, in welchem die Prozeßförmlichkeiten gemindert sind, als vereinfachte Kognition.[1]) Bei vereinfachter Kognition wird der Rechtsstreit vollständig erledigt; bei der beschränkten Kognition bleibt aber ein Theil des Rechtsverhältnisses unerörtert und die Verhandlung desselben einem nachfolgenden Rechtsstreite vorbehalten, so im summarischen Besitzstörungsverfahren das Recht zum Besitze, im Bestandverfahren die im §. 15 Best. V. ausgeschlossene Vertheidigung.

Das summarische Verfahren, dessen Verlauf jenem des ordentlichen Verfahrens entspricht, ist ein regulär-summarisches Verfahren; als solches erscheint das summarische Verfahren, das summarische Besitzstörungs-, das Ehe- und Bagatell-Verfahren, obwohl bei letzterem dem Richter vorbehalten ist, den Gang des Verfahrens dem Streitfalle anzupassen. Irregulär-summarisches Verfahren ist nur jenes, dessen Verlauf das Gesetz von jenem des ordentlichen Verfahrens abweichend gestaltet hat, indem es schon bei Einleitung des Prozesses Zwangsmaßregeln (Exekutiv-Arrest-, Wechselprozeß), oder die Erlassung eines Befriedigungsgebotes (Mandat) gestattet.

---

[1]) Menger: System 32.

Digitized by Google

§. 3.

Das österreichische Zivilprozeßrecht.

Das österr. Zivilprozeßrecht besteht aus einer großen Zahl von Gesetzen, welche zu verschiedener Zeit, theilweise auch nur für einzelne Gebietstheile erflossen sind, doch aber in den im Reichsrathe vertretenen Ländern einen nahezu einheitlichen Rechtszustand geschaffen haben.

I. Eine gesetzliche Einheit in Betreff des gerichtlichen Verfahrens besteht seit dem Ende des 18. Jahrhundertes. Bis dahin ist die Rechtsentwicklung, wenn auch wesentlich auf gleichen Grundlagen beruhend, doch in den einzelnen Ländern Österreichs eine partikuläre; auch besteht allenthalben noch der Gegensatz zwischen Stadt- und Landrecht.[1]) Die Versuche partikulären Ausgleiches von Stadt- und Landrecht wurden überholt durch den Entschluß der Krone, eine Kodifikation des Rechtes für alle Länder einzuleiten. Es wurde 1753 eine Kompilations-Kommission eingesetzt, um allen Erbländern ein sicheres und gleiches Recht und eine gleichförmige Verfahrensart zu schaffen.[2]) Nach dem von Prof. Azzoni entworfenen Plane sollte das Gesetzbuch aus vier Theilen bestehen, von welchen die ersten drei Theile das materielle Zivilrecht und der vierte Theil das Verfahren in und außer Streitsachen umfassen sollte. Das Prozeßreferat übernahm Holger, welcher jedoch bis 1773 nur eine Reihe von Vorfragen zur Entscheidung brachte. Der im Feber 1774 zum Referate berufene Froidevo brachte in wenigen Monaten den Entwurf einer Ordnung des gerichtlichen Verfahrens in Streitsachen zu Stande, dessen Grund-

---

[1]) Canstein: Lehrbuch des österr. Zivilprozeßrechtes 1880 I. §. 7 f. und die dort bezogenen Werke.

[2]) Harrasowsky: Geschichte der Kodifikation 1868. Derf.: der Codex Theresianus I. 1883. Einleitung. — Domin-Petrushevecz: Neuere österr. Rechtsgeschichte 1869. — Pfaff und Hofmann: Kommentar S. 8 f. — Canstein: Lehrbuch §. 13. — Chorinsky: Der Exekutivprozeß 1879, S. 98.

Digitized by Google

lage der römisch-kanonische Prozeß in jener Gestaltung ist, welche er durch den Einfluß des heimischen Rechtes in Böhmen und Unterösterreich angenommen hatte. Nach umständlichen Verhandlungen erlangte dieser Entwurf die a. h. Sanktion und wurde vom Kaiser Josef II. mit Patent vom 1. Mai 1781 als allgemeine Gerichtsordnung kundgemacht.

II. Die Einführung der Gerichtsordnung forderte eine Änderung der Gerichtsverfassung, welche Kaiser Josef 1782 durchführte.[3]) Er bestellte als Gerichte erster Instanz: staatliche Gerichtshöfe (Landrechte, Justizadministrationen) an Stelle der Gerichte der Stände, — städtische Gerichte (mit kollegialischer Organisation) in den Hauptstädten, — und Patrimonialgerichte, wo solche Gerichtsbarkeit hergebracht war, in Ermanglung solchen Herkommens l. f. Einzelngerichte.

Alle Gerichte erster Instanz wurden den für einzelne Länder, bez. für Ländergruppen eingesetzten Appellationsgerichten unterstellt. Die dritte Instanz bildete die 1749 von der Hofkanzlei abgesonderte oberste Justizstelle.[4])

Als Sondergerichte bestanden Militärgerichte, das Obersthofmarschallamt, einzelne Lehengerichte, l. f. Bergerichte und Merkantilgerichte in Wien, Triest und Bozen.

Die Umgestaltung der Verhältnisse in den Jahren 1848 und 1860 hatte durchgreifende Änderungen der die Zivilgerichtsbarkeit betreffenden organisatorischen Gesetze zur Folge.

III. In Folge der Weisung des §. 437 a. G. O., daß Zweifel über den Verstand des Gesetzes nach Hof anzuzeigen und die Entschließung darüber einzuholen sei, erflossen eine Menge von Hofdekreten und Resolutionen,[5]) welche neben den von einzelnen

[3]) Harrasowsky: Die Rechtsmittel im Zivilprozesse 1879, S. 417. — Canstein a. a. O.

[4]) Maasburg: Geschichte der obersten Justizstelle 1879.

[5]) Manche, so die Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306 — v. 11. September 1784 Nr. 335 und 336 — v. 31. Oktober 1785 Nr. 489 — Hfd. v. 15. Jän.

Digitized by Google

Landesstellen eingebrachten Bedenken Zweifel über die Zulänglichkeit der G. O. wachriefen, und K. Leopold II. veranlaßten, der von ihm 1790 eingesetzten Gesetzgebungs-Hofkommission die Untersuchung der G. O. aufzutragen. Diese Kommission fand die G. O. gut bewährt und nur eine neue Auflage derselben nöthig. Eine solche neue Auflage (Referent Bieschin, später Keeß), in welche ein Theil der zur G. O. erflossenen Verordnungen in den Text aufgenommen wurde, und manche Verbesserung durchgeführt ist, ist die mit Patent vom 19. Dezember 1796 Nr. 329 für Westgalizien kundgemachte G. O. — Die Abweichungen der allgemeinen und galizischen G. O.[6]) sind nicht von prinzipieller Bedeutung, oder durch Nachträge zur a. G. O., besonders durch das Hfd. v. 22. Juni 1835 Nr. 42 nahezu ausgeglichen.

Die nach Kundmachung der westgalizischen G. O. in Arbeit genommene neue Zivilprozeßordnung blieb Entwurf. In jenen Gebieten, für welche eine Regelung des Zivilprozeßrechtes nothwendig wurde, wurde die galizische G. O. eingeführt. Neuen und geänderten Bedürfnissen wurde durch Vorzeichnung außerordentlicher Verfahrensarten Rechnung getragen, in welchen die in den Prozeßgrundgesetzen festgehaltenen Prinzipien des streitigen Zivilverfahrens mannigfache Wandlungen erlitten.

Allmählig kam die Erkenntniß zur Geltung, daß das österr. Zivilprozeßrecht nach den Grundsätzen der Mündlichkeit, Öffentlichkeit und freien Beweiswürdigung neuzugestalten sei. Ein diesen Grundsätzen entsprechender Entwurf, dessen Grundlage der bis 1866 von einer Bundeskommission zu Hannover aufgestellte Entwurf einer gemeinen deutschen Z. P. O. war, wurde zu Folge a. h. Entschließung vom 16. Dezember 1867 als Regierungsvorlage im Reichsrathe eingebracht und im März 1870 im Ab-

1787 Nr. 619, 620 und 621 sind von großem Umfange, mit verschiedenen, in Absätzen gegebenen Bestimmungen.

[6]) Heidmann: Die österr. C. G. Ordnungen in ihren Parallelstellen 1842. — Nippel: Erläuterung 2. 585.

Digitized by Google

geordnetenhause der zweiten und dritten Lesung unterzogen. Dem Abschlusse der Reform stellten sich jedoch neuerlich Hindernisse und Bedenken entgegen.[7]) Am 25. Feber 1876 brachte die Regierung im Abgeordnetenhause eine neue Vorlage einer Z. P. O. ein, in welcher die Entwürfe einer Z. P. O. für das deutsche Reich entsprechende Würdigung gefunden hatten. In Folge der Neubildung des Abgeordnetenhauses legte die Regierung im Jahre 1881 denselben Entwurf mit geringer Abänderung, aber mit Einbeziehung der Bestimmungen über Sicherstellung und Exekution dem Reichsrathe neuerlich vor.[8])

§. 4.

Die Quellen des geltenden Zivilprozeßrechtes.*)

Die Gesetze, welche das österr. Zivilprozeßrecht bilden, sind theils organisatorische Gesetze, betreffend: die Organisation der Gerichte, die Kompetenz, die innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte, die rechtliche Stellung der richterlichen Personen, die Parteienvertreter, — theils Gesetze über das Verfahren. Die Anführung der organisatorischen Gesetze muß der Darstellung der bezüglichen Materien vorbehalten bleiben. Die für die Gestaltung des zivilgerichtlichen Verfahrens entscheidenden Gesetze sind die Gerichtsordnungen.

I. Die allgemeine oder josefinische G. O. wurde mi Patent vom 1. Mai 1781 Nr. 13 J. G. S. für Böhmen, Mähren, Schlesien, Österreich unter und ob der Enns, Steiermark, Kärnthen, Krain, Görz, Gradiska, Triest, Tirol und die Vorlande kundgemacht, und trat zu Folge Patentes v. 1. Dezember 1781 erst am 1. Mai 1782 in Wirksamkeit. Sie wurde nach Behebung der Fremdherrschaft mit Hfd. v. 20. September 1814

[7]) Glaser: Beiträge zur Reform 1883, S. 225.
[8]) S. 331, Beilage der stenogr. Protokolle des Abg.-Hauses, IX. Session
*) Menger: System §. 6, 7, 8.

Digitized by Google

Nr. 1102 in Kärnthen, Krain, Görz und Triest, nicht aber in Tirol reaktivirt.

Die a. G. O. wurde mit Patent vom 1. November 1781 Nr. 27 für die Berggerichte, mit Patent vom 9. April 1782 Nr. 41 auch für die Merkantil- und Wechselgerichte adaptirt. Die für das Verfahren bei den Berg- und Merkantilgerichten in diesen Patenten festgestellten Modifikationen (S. §. 81) sind von nebensächlicher Bedeutung. Mit Patent vom 20. April 1782 wurde die a. G. O. auch bei allen Militärgerichten eingeführt; indes wurden die Militärpersonen mit G. v 20. Mai 1869 R. 78 in bürgerlichen Rechtssachen den Zivilgerichten unterstellt, und das Militärgrenzland der Zivilverwaltung übergeben.

In dem Kundmachungspatente wurden alle vorigen Gesetze, welche einen Gegenstand der G. O. betreffen, als aufgehoben erklärt. Zweifel über den Umfang der Derogation wurden im Sinne der ausschließlichen Geltung der G. O. entschieden und Vereinbarungen auf das alte Verfahren untersagt (Hfd. 15. Jänner 1787 Nr. 621).

Mit Hofd. v. 1. Feber 1782 Nr. 33 ist der deutsche Text, mit Bedacht auf die Übersetzungen in andere Sprachen, als der authentische erklärt.

II. Die mit Patent v. 19. Dezember 1796 Nr. 329 für Westgalizien kundgemachte, daher galizische G. O., gilt in Westgalizien (1. Mai 1797), Ostgalizien und der Bukowina (1. Mai 1807) und in Krakau (29. September 1855), — in Tirol und Vorarlberg (15. September 1814, bez. 1. Oktober 1816), — in Istrien (1. Juli 1815), — in Dalmatien (1. Juli 1815, bez. 1. Oktober 1816) — und in Salzburg (1. Juli 1815, bez. 1. Oktober 1816).

Die Bestimmungen der a. G. O., bez. des Patentes vom 1. Mai 1781, und der g. G. O. über Konkurs, und die später erflossenen Gesetze über Zwangsausgleich sind durch eine neue Konkursordnung vom 25. Dezember 1868 R. 1. ai. 1869 ersetzt.

Digitized by Google

III. Die Nachtragsverordnungen zu den Gerichtsordnungen, welche vom 2. Dezember 1848 erflossen, sind im Reichsgesetzblatte bez. in den Landesgesetzblättern publizirt. Die Nachtragsverordnungen bis 2. Dezember 1848 sind in Gesetzsammlungen aufgenommen. Davon sind die sog. politische Gesetzsammlung (von Kaiser Leopold II. bis 2. Dezember 1848) und die Provinzial-Gesetzsammlungen für das Prozeßrecht von unerheblicher, die Justizgesetzsammlung aber von hervorragendster Bedeutung. Die J. G. S. umfaßt die Justizgesetze vom 17. Dez. 1780 bis 2. Dezember 1848[1]) unter fortlaufenden Nummern von jeweiligem Regierungsantritte. Das Hofd. v. 29. Dezember 1785 Nr. 509 bestimmt, daß die über allgemein geltende Gesetze ergangenen Belehrungen, wenn sie auch nur an einzelne Stellen über besondere Anfragen erlassen wurden, auch den anderen Gerichtsstellen zur Richtschnur zu dienen haben, wenn sie in der J. G. S. aufgenommen sind.[2]) Die in der Zeit von 1781 bis 1796 zur allgemeinen G. O. erflossenen nachträglichen Verordnungen haben für die gleichlautenden Anordnungen der g. G. O. keine Geltung.[3])

IV. Durch Nachtragsverordnungen wurden außerordentliche Verfahrensarten eingeführt, und zwar:

1. Das V. in Ehestreitigkeiten, Hfd. v. 23. August 1819 Nr. 1595.

2. Das (allgemeine) summarische V., Hfd. v. 24. Oktober 1845 Nr. 906.

3. Das summarische V. in Besitzstörungsstreitigkeiten, k. V. v. 27. Oktober 1849 R. 12.

---

[1]) Kaserer: Die Justizverwaltung 1882, 1, 4.

[2]) Pfaff und Hofmann: Kommentar 1, 140.

[3]) Ausgesprochen ist das für Istrien im Hfd. v. 1. August 1818 Nr. 1481, und für Dalmatien im Hfd. v. 4. August 1835 Nr. 67. — Für Galizien und Tirol wird eine auf Hfd. v. 14. März 1807 Nr. 803 gestützte entgegengesetzte Praxis behauptet.

Digitized by Google

4. Das V. in Wechselstreitigkeiten, J. M. E. v. 25. Jänner 1850 R. 52, und dazu die V. v. 18. Juli 1859 R. 132 betreffend das V. zur Sicherstellung der Wechselforderung im Grunde der Art. 25 und 29 Wechsel-O.

5. Das Mandatsverfahren, eingeführt mit k. V. v. 21. Mai 1855 R. 95, erweitert und modifizirt mit V. v. 18. Juli 1859 R. 130.

6. Das V. in Bestandstreitigkeiten, k. V. v. 16. November 1858 R. 213.

7. Das V. wegen Ersatzansprüche gegen richterliche Beamte, G. v. 12. Juli 1872 R. 112.

8. Das Bagatellverfahren, G. v. 27. April 1873 R. 66.

9. Das Mahnverfahren, G. v. 27. April 1873 R. 67.

Erhebliche Veränderungen des schriftlichen, mündlichen und summarischen Verfahrens vollzog die sog. Prozeßnovelle, G. v. 16. Mai 1874 R. 69.

V. Das österr. Zivilprozeßrecht ist ausschließlich Gesetzesrecht. Die a. G. O. §. 437 bindet den Richter an den Wortlaut des Gesetzes und verbietet ihm, unter dem Vorwande eines widrigen Gebrauches von der G. O. abzugehen; hiermit war die Bildung jeder Art Gewohnheitsrechtes ausgeschlossen. Das josef. b. G. B. erklärt in den §§. 9 und 10 ausdrücklich den usus contra und praeter legem für unzulässig. Diesen Anordnungen schließt sich §. 575 g. G. O., §. 22 des westgal. b. G. B. und auch §. 10 des a. b. G. B. an.[4]) — Die österr. Gesetzgebung geht also (vom Handels-G. B. abgesehen) schlechthin davon aus, daß die vom Gesetze geschaffene Rechtseinheit durch die Ausbildung von Gewohnheitsrecht nicht gestört werden soll.[5])

---

[4]) Schrutka-Heyßler in Grünhuts Z. 11, 578.

[5]) Menger: System, §. 8 deduzirt daraus, daß §. 10 des allg. b. G. B. in dem Abschnitt: „Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt" steht, durch das k. M. Pat. zum a. b. G. B. aber das josef. b. G. B. in seiner Totalität außer Wirksamkeit gesetzt wurde, die Geltung des Gewohnheitsrechtes für das Prozeßrecht.

Digitized by Google

§. 5.

Die rechtliche Natur des Zivilprozeßrechtes.*)

Die Zivilstreitsache ist privatrechtlicher Natur, ein Rechtsverhältniß zwischen Kläger und Beklagten, welches der Parteidisposition unterliegt. Der Zivilprozeß ist ein Rechtsverhältniß zwischen dem rechtschützenden Staat und den rechtsuchenden Parteien. Das Prozeßgesetz bestimmt die Form, in welcher Privatrechtsansprüche bei Gericht festgestellt und durchgeführt werden. Das Prozeßrecht ist also jus publicum, als lex fori bindend für das Gericht und die Parteien. Doch ist den Prozeßsubjekten nicht jeder Einfluß auf die Prozeßgestaltung genommen. Ein Theil der Prozeßregeln ist allerdings zu Folge des Offizialinteresses des Staates absoluter Natur; in vielen Fällen gestattet aber das Gesetz dem Richter und den Parteien eine Einflußnahme (dispositives Zivilprozeßrecht). Die dem Richter gewahrte Einflußnahme ist zugleich Richterpflicht; soweit den Parteien Einfluß vorbehalten ist, gibt das Gesetz ergänzende Anordnungen.

Demgemäß bestimmt das K. M. P. zur allg. und galiz. G. O. daß jeder, der Recht zu suchen, oder zu sprechen, oder einen Spruch zur Exekution zu bringen hat, sich nach Vorschrift der G. O. richten müsse. Konventionalprozeß ist ausgeschlossen (§. 16 und Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 621), und den Parteien nur die Wahl zwischen den gesetzlichen Verfahrungsarten (nicht ohne Einschränkung, §. 5 Bag. V.) gestattet.

§. 6.

Die Auslegung der Zivilprozeßnormen.**)

Die Anwendung von Gesetzesrecht erfordert die Feststellung des Gesetzestextes, und die Auslegung des Gesetzes.

*) Wetzell: §. 43 Nte. 22. — Bülow im Archiv f. ziv. P. 64. 1. — Wach ebenda: 64, 220. — Derselbe: Vorträge 1879, S. 39.

**) Menger: System §§. 10 und 11. — Schrutka-Heyßler in Grünhuts Z. 11, 572.

Digitized by Google

Der Text des Gesetzes wird durch authentische Ausgaben festgestellt.[1]) Über die Auslegung enthält die a. G. O. im §. 437, die g. G. O. im §. 575 Bestimmungen, welchen durch das josefinische, bez. galizische b. G. B. (I. §. 24—26, bez. I. §. 18 und 19) derogirt wurden. Das K. M. P. zum a. b. G. B. setzt die bezeichneten bürgerlichen Gesetzbücher, und das zum jos. b. G. B. erflossene Hfd. v. 22. Feber 1791 Nr. 115 außer Kraft, und gibt in den §§. 6 und 7 Bestimmungen über die Interpretation, welche auch für die Prozeßgesetze als maßgebend betrachtet werden müssen, weil die Interpretationsregeln für Gesetze und nicht bloß für „bürgerliche Gesetze" gegeben erscheinen.[2])

Da die Richter selbstständig und unabhängig sind (Art. 6 des St. G. G. über die richterliche Gewalt), so sind für sie in Betreff der Auslegung von Gesetzen weder Weisungen des Justizministeriums, noch die in anderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile (§. 12 b. G. B.) maßgebend. Allerdings wird sich der Richter einer fortdauernd gleichmäßigen Entscheidung des obersten Gerichtshofes unterwerfen.

Zur Herbeiführung einer solchen Gleichmäßigkeit in der Judikatur des obersten Gerichtshofes wurde mit Bezug auf die a. h. Ent. vom 5. Oktober 1854, mit Präsidialerlaß vom 31. Oktober 1854 ein Präjudizienbuch eingeführt, in welches die von einem verstärkten Senate (15 Mitg.) über kontroverse Rechtsfragen gefaßten Beschlüsse einzutragen waren, damit sich die Spruchsenate (7 Mitg.) dadurch gebunden halten. Zur Erzielung größerer Sicherheit wurde eine mit a. h. Ent. vom 7. August 1872 genehmigte neue Instruktion erlassen.

---

[1]) Über Gesetzeskritik Unger, System 1, 73.

[2]) Schrutka-Heyßler a. a. O. 576. — Menger: System §. 10, Nte. 1, nimmt, weil die §§. 6 und 7 b. G. B. unter der Überschrift: „Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt" gegeben sind, für das Prozeßrecht ein durch richtige Theorien über Gesetzesinterpretation auszufüllendes Vakuum an. Vergl. auch Pfaff und Hofmann Kom. 1, 116.

Digitized by Google

Jeder Senat (7. Mitg.) führt nun ein Spruchrepertorium, in welches dessen Entscheidungen über streitige Rechtsfragen eingetragen werden.

Widersprechen sich die in den Repertorien eingetragenen Entscheidungen mehrerer Senate, oder will ein Senat von der in seinem Repertorium eingetragenen Entscheidung abweichen, so entscheidet über die kontroverse Rechtsfrage ein verstärkter Senat (15 Mitg.). Diese Entscheidung ist in das Judikatenbuch einzutragen und von allen Spruchsenaten als bindend zu behandeln.

Aufgehoben wird diese Wirkung des Judikates durch die Entscheidung eines Senates von 21 Mitgliedern. Diese muß eingeholt werden, wenn ein Spruchsenat sich einstimmig gegen das Judikat erklärt; sie kann eingeholt werden, wenn der Präsident dem diesfälligen Antrage eines Referenten stattgibt.

Die Eintragungen in die Spruchrepertorien und das Judikatenbuch werden amtlich (in der allg. österr. Gerichts-Zeitung) publizirt.

§. 7.

Die Grenzen der Anwendbarkeit des Zivilprozeßrechtes.

I. Die örtlichen Grenzen.[1])

Das Prozeßrecht hat als lex fori in jenem Gebiete, für welches die Kundmachung erfolgte, Anwendung zu finden (Territorialitätsprinzip, — R. M. P. zur allg. und gal. G. O.), und zwar auch dann, wenn der Rechtsstreit Ausländer betrifft, oder für die Entscheidung der Streitsache fremdes Zivilrecht maßgebend ist. Die lex fori ist für alle das Prozeßrechtsverhältniß und das Verfahren betreffenden Fragen maßgebend; sie entscheidet über den Umfang des Wirkungskreises der Zivilgerichte, über die Zuständigkeit, die Prozeßart, den Anwaltszwang, die Beweislast, die

[1]) Menger: System §. 12, 13. — Schrutka-Heyßler in Grünhuts Zeitschr. 11, 568.

Digitized by Google

Zulässigkeit der Beweismittel und deren Beweiskraft, die Beweiserfordernisse der Urkunden.[2])

Die lex fori ist auch bei den über Ersuchen fremder Gerichte vorzunehmenden Prozeßhandlungen anzuwenden, denn der requirirte Richter vollzieht die zu einem fremden Prozeß gehörigen Requisitionsakte kraft seiner Gerichtsbarkeit. Fremdes Recht ist bei Vollzug des Requisitionsaktes zu berücksichtigen, wenn die lex fori darauf verweist, oder dem Richter oder den Parteien auf die Vornahme des bezüglichen Aktes einen Einfluß zugesteht. Die österr. Gerichte sind im Hfd. v. 17. Juli 1816 angewiesen, bei einem Zeugenverhör, welches sie auf Ersuchen ausländischer Behörden vornehmen, die in den Gesetzen des Landes, wo die Rechtssache anhängig ist, vorgeschriebenen Förmlichkeiten auf ausdrückliches Ansinnen der fremden Behörde zu beobachten. Es ist diese Bestimmung der Ausdruck eines Grundsatzes, von welchem überall auszugehen ist, wo solches Ansinnen ausführbar und rechtlich nicht ausgeschlossen ist.[3])

Die Partei- und Prozeßfähigkeit wird nach den für die Rechts- und Handlungsfähigkeit maßgebenden Gesetzen, also für Fremde nach dem Gesetze des Staates beurtheilt, welchem sie vermöge ihres Wohnsitzes, bez. ihrer Geburt als Unterthanen unterliegen, §. 34 b. G. B. — Für die Erfordernisse der Giltigkeit einer Urkunde (Solennitätsformen) ist das Gesetz des Ortes der Errichtung maßgebend.

Fremdes Recht ist entscheidend nach §. 112(180) G. O. für die Beweiserfordernisse der im Auslande errichteten öffentlichen Urkunden, und in jenen Fällen, in welchen Vergeltung zu üben ist, also für den Gerichtsstand der Fremden §. 29 J. N., für die Beweiskraft ausländischer Handelsbücher §. 22 Einf. G. zum H. G. B., und für die Zwangsvollstreckung ausländischer Urtheile Hfd. v. 18. Mai 1792 Nr. 16.

---

[2]) Menger: System §. 13 Nte. 2.

[3]) Anderes Kaserer, Jur. Blätter 1885: 14.

Digitized by Google

Die im Auslande vorgenommenen Prozeßhandlungen können für einen im Inlande anhängigen Rechtsstreit von Bedeutung sein. Es begründet der im Auslande anhängig gemachte Prozeß im Inlande die Einrede der Streithängigkeit, die dort erflossene Entscheidung die Einrede der res judicata, wenn die bezügliche fremde Entscheidung im Inlande vollstreckbar ist.

II. Die zeitlichen Grenzen.[4])

Daß ein neues Prozeßgesetz auf die nach Beginn seiner Wirksamkeit anhängig werdenden Prozesse Anwendung zu finden habe, ist zweifellos, — streitig aber, ob ein neues Prozeßgesetz auf bereits anhängige Rechtsstreitigkeiten Anwendung finde. Man behauptet: a) der Zivilrechtsstreit sei eine Einheit, daher nach dem zur Zeit der Anhängigmachung geltenden Prozeßrechte zu beendigen (Prinzip der Prozeßeinheit); — b) der Prozeß bestehe aus einzelnen selbstständigen Abschnitten, welche dem bei Beginn des bezüglichen Abschnittes in Geltung stehenden Gesetze unterliegen (Prinzip der Prozeßabschnitte); — c) der Prozeß sei ein Aggregat isolirter Akte, das neue Prozeßgesetz gelte für alle in seine Wirksamkeit fallenden Handlungen (Prinzip der Isolirung der Prozeßhandlungen).

Keines dieser sogenannten Prinzipien kann für die Verfassung, beziehungsweise für die wissenschaftliche Ergänzung der Bestimmungen über die Einführung eines neuen Prozeßgesetzes als maßgebend betrachtet werden. Die Parteien haben kein Recht auf Beendigung des Prozesses nach dem bei Beginn desselben geltenden Prozeßrechte, weil sich das Prozeßverhältniß zwischen dem Richter und den Parteien fortlaufend entwickelt; — das neue Prozeßgesetz erhebt nicht Anspruch auf absolute Herrschaft, weil das Streitverhältniß, soweit es sich bereits entwickelt hat, in seiner rechtlichen Bedeutung nicht abgeschwächt oder geändert werden darf. Entscheidend erscheint der Inhalt des neuen Prozeßgesetzes,

[4]) Menger: System §. 15.

Digitized by Google

und die Beziehung zu dem bei Erlassung desselben geltenden Prozeßrechte. Ein Prozeßgesetz, welches das geltende Prozeßrecht erläutert, ergänzt oder in Einzelnbestimmungen abändert, beansprucht sofortige Anwendung. Von einer Neugestaltung des Verfahrens bleiben anhängige Rechtssachen nach der Intention der Gesetzgebung bald gänzlich, bald bis zu einem gewissen Prozeßabschnitte unberührt.

Diese Anschauung gelangte in der österr. Gesetzgebung zur Geltung. Das Hfd. v. 11. April 1782 Nr. 42 über das Verhältniß der a. G. O. zu den anhängigen Rechtssachen und das K. M. P. zur gal. G. O. halten sich im Allgemeinen an den Grundsatz der Prozeßabschnitte; der §. 24 Best. V., und §. 87 Bag. V. bekennen sich zum Prinzip der Prozeßeinheit; die Pr. N. trat mit bestimmter Einschränkung am 1. August 1874 für alle Rechtssachen in Kraft.

§. 8.

Literatur des geltenden Prozeßrechts.

I. Darstellungen des gerichtlichen Verfahrens:

Keeß, Kommentar 1789.

Gustermann, Österr. Privatrechtspraxis, die dritte Auflage 1822 unter dem Titel: Österr. Privatrechtspflege.

Scheidlein, Erläuterungen über die allgemeine bürgerlich Gerichtsordnung 1806.

Füger-Wessely-Damianitsch, Gerichtliches Verfahren in Streitsachen. 7. Aufl. 1862.

Nippel, Erläuterung der allgemeinen Gerichts-Ordnung 1845, 1847.

Beidtel, Handbuch des österr. Gerichtsverfahrens 1853.

Haimerl, Darstellung 1. der neuesten gesetzlichen Bestimmungen über die innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Zivilgerichte 1856; — 2. der neuesten Kompetenzvorschriften, dritte Aufl. 1856; — 3. der gesetzlichen Bestimmungen über die Parteien und deren Vertreter 1857.

Digitized by Google

Menger, System des österr. Zivilprozeßrechtes in rechtsvergleichender Darstellung. I. Band. Der allgemeine Theil 1876.

Freiherr von Canstein, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österr. Zivilprozeßrechtes, 1880 und 1882.

D. Ullmann, Das österr. Zivilprozeßrecht 1885.

Freiherr von Canstein, Das Zivilprozeßrecht 1885.

II. Sammlungen der Nachtragsgesetze:

1. Ofner: Darstellung der allgemeinen Gerichts- und Konkursordnung. Zweite Aufl. 1838.

2. Wessely, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in und außer Streitsachen, dritte Aufl. 1846.

3. Felder, Handbuch der Deklaratorien 1846.

3. Frühwald, Sammlung der in Bezug auf die allgemeine Gerichtsordnung und Konkursordnung in den Jahren 1846 bis 1855 erflossenen Gesetze und Verordnungen.

5. Manz, Taschenausgabe der österr. Gesetze; sechster Band: Die Jurisdiktionsnorm, die Geschäftsordnung für die Gerichtsstellen, die allgemeine Gerichtsordnung, und sechzehnter Band: Die westgalizische Gerichtsordnung.

6. Geller, Österr. Justizgesetze mit Erläuterungen aus der oberstgerichtlichen Rechtssprechung, und dazu als Ergänzungsheft das Jahrbuch für Rechtspflege und Verwaltung.

III. Von hervorragender Bedeutung sind neben höchst rühmlichen Arbeiten, welche sich auf die Entwicklung und die Reform des Prozeßrechtes beziehen, für das geltende Recht zahlreiche Aufsätze, Abhandlungen und Monografien von Pratobevera, Fischer, Kitka, Rizy, Haimerl, Glaser, Heyßler, von Harrasowsky, Menger, von Canstein, Ullmann, von Schrutka, Waldner, Klein und A., auf welche an dem entsprechenden Orte Bedacht genommen wird.

Eine besondere Zeitschrift für Prozeßrecht und eine besondere Sammlung prozeßrechtlicher Entscheidungen besteht nicht. Zu verweisen ist:

Digitized by Google

a) auf die abgeschlossenen Zeitschriften:

Beiträge zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft, von Zeiler; — Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, von Pratobevera; — Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit (für Rechts- und Staatswissenschaft), von Wagner, Kudler, Tomaschek und Stubenrauch; — die „Themis" von Wessely; — der „Jurist" von Wildner; — „Magazin für Rechts- und Staatswissenschaften" und „Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft" von Haimerl;

b) auf die fortlaufenden Zeitschriften: Allgemeine österr. Gerichtszeitung, — Gerichtshalle, — Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, — Juristische Blätter, — Právník, — Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag, seit 1885 Juristische Vierteljahresschrift, — Centralblatt für die juristische Praxis, — Juristenzeitung;

c) auf die Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des obersten Gerichtshofes von Glaser, Unger, Walther; auf die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (I. Judikatenbuch, II. Spruchrepertorium), und die „Spruchpraxis" von Dr. Anton Riehl.

Digitized by Google

Erster Theil.

Die Personen im Zivilprozesse.

Erster Titel.

Die Gerichte.

Erstes Kapitel.

Stellung und Organisation der Gerichte. *)

§. 9.

Die Zivilgerichte. Die Verfassungsgerichte.

I. Gerichte sind die zur Rechtssprechung gesetzlich bestellten Staatsorgane; Zivilgerichte sind die zur Rechtssprechung in bürgerlichen Rechtssachen berufenen Gerichte. Sie kommen hier in Betrachtung bezüglich der streitigen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung. Es sind Zivilgerichte dieselben Gerichte, welchen auch die allgemeine Strafgerichtsbarkeit zugewiesen ist.[1])

II. Verfassungsgerichte (Gerichte des öffentlichen Rechtes), zu welchen die Civilgerichte in Beziehung stehen, sind:

1. Der Staatsgerichtshof.[2]) Er besteht aus zwölf von beiden Häusern des Reichsrathes auf sechs Jahre gewählten Mit-

*) Haimerl: Einrichtung und Geschäftsordnung der Zivilgerichte 1856 — Kaserer: Handbuch der österr. Justizverwaltung 1882.

[1]) Besondere Strafgerichte sind die Militärgerichte und die Gefällsgerichte. Letztere sind berufen zur Ausübung des Finanzstrafrechtes, soweit sie nicht den Verwaltungsbehörden zufällt; sie bestehen als Gefällsbezirksgerichte bei den Finanzbezirksdirektionen, als Gefällsobergerichte in dem Sitze jeder die Gefällsangelegenheiten leitenden Landesbehörde (Finanzlandesdirektion) und als oberstes Gefällsgericht in Wien. Kaserer, Justizverwaltung 1, S. 129.

[2]) Gesetz vom 25. Juli 1867 R. 101 über Ministerverantwortlichkeit.

Digitized by Google

gliedern, welche aus ihrer Mitte den Vorsitzenden zu wählen haben, und ist berufen zur Verhandlung und Entscheidung über die von einem der Häuser des Reichsrathes erhobene Ministeranklage.

2. Das Reichsgericht in Wien.[3]) Es besteht aus dem Präsidenten, dem Stellvertreter, zwölf Mitgliedern und vier Ersatzmännern. Die Ernennung erfolgt vom Kaiser auf Lebensdauer, und zwar jene der Mitglieder und Ersatzmänner über Vorschlag des Reichsrathes. Das Reichsgericht ist

a) Kompetenzgerichtshof, berufen zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten, insb. zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, und[4]) den ordentlichen Gerichten und dem Verwaltungsgerichtshofe;

b) Verwaltungsgerichtshof, berufen zum Schutze der den Staatsbürgern durch die Verfassung gewährleisteten Rechte;

c) Kausalgerichtshof, berufen zur Entscheidung über Ansprüche gegen die Gesammtheit der Reichsrathsländer oder ein einzelnes Land, deren Austragung im ordentlichen Rechtswege (zu Folge ihres öffentlichrechtlichen Fundamentes, oder besonderer Anordnung) unstatthaft ist.

3. Der Verwaltungsgerichtshof in Wien.[5]) Er hat gleichen Rang und gleiche Einrichtung wie der oberste Gerichtshof; die Qualifikation zum Richteramte ist nur von der Hälfte der Mitglieder gefordert. Der Gerichtshof entscheidet kassatorisch in allen Fällen, in welchen Jemand durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein glaubt, wenn die Angelegenheit nicht von dessen Kompetenz ausgeschlossen ist.[6])

---

[3]) Staats.-G. G. v. 21. Dez. 1867 R. 143, — Ges. v. 18. April 1869 R. 44 über die Organisation und das Verfahren, — V. v. 26. Oktober 1869 R. 163 über die Geschäftsordnung.

[4]) Zufolge G. v. 22. Oktober 1875 R. 37 ai. 1876.

[5]) G. v. 22. Oktober 1875 R. 36 ai. 1876 und V. v. 5. August 1876 R. 94 und 95.

[6]) Ulbrich: Lehrbuch des österr. Staatsrechtes 1883, S. 711.

Digitized by Google

§. 10.

Das Verhältniß der Gerichte zur Staatsregierung.

I. Maßgebend für das Verhältniß der Gerichte zur Staatsregierung ist das Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 R. 144 über richterliche Gewalt. Es bestimmt:

1. Alle Gerichtsbarkeit im Staate wird im Namen des Kaisers ausgeübt. Urtheile und Erkenntnisse werden im Namen des Kaisers ausgefertigt, Art. 1.

2. Die Organisation und Kompetenz der Gerichte wird durch Gesetze festgestellt. Ausnahmsgerichte sind nur in den von den Gesetzen im voraus bestimmten Fällen zulässig, Art. 2. Vorbehalten ist dem Justizminister, nach Einholung oder Entgegennahme des Gutachtens des Landtages durch Verordnung a) die Sprengel der Bezirksgerichte zu theilen, zu vereinigen, und den Sitz der Bezirksgerichte zu verlegen, G. v. 11. Juni 1868 R. 59 — b) eine Änderung in dem Sprengel der Gerichtshöfe erster Instanz durch Ausscheidung oder Zuweisung einzelner Bezirksgerichte, oder durch Vereinigung bestehender oder Errichtung neuer Gerichtshöfe vorzunehmen, G. v. 26. April 1873 R. 62.

Jeder Akt von Kabinetsjustiz, jeder Akt der Regierung, durch welchen die Entscheidung einer Rechtssache einem außerhalb des gesetzlichen Organismus gebildeten Gerichte, oder einem bestehenden Gerichte über den gesetzlichen Wirkungskreis zugewiesen würde, wäre eine zur Beschwerde beim Reichsgerichte berechtigende Verletzung der Verfassung. Jede nicht durch den gesetzmäßigen Richter erlangte Erledigung von Privatjustizsachen wurde überdies schon durch Hfd. v. 8. Jänner 1795 Nr. 212 für erschlichen und ungiltig erklärt.

3. Die Richter sind in Ausübung ihres richterlichen Amtes selbstständig und unabhängig, Art. 6, und zwar:

a) subjektiv zu Folge der ihnen im Art. 5 zugesicherten Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit (s. §. 12.);

Digitized by Google

b) objektiv zu Folge der Berechtigung zur Prüfung der Gesetze und Verordnungen, Art. 7.

II. In Betreff der Gesetze hat der Richter nicht die Giltigkeit, sondern nur die gehörige Kundmachung als Gesetz zu prüfen. Dazu gehört, daß die Kundmachung erfolge in den verfassungsmäßig dafür bestimmten Publikationsblättern (im Reichsgesetzblatt gemäß G. v. 10. Juni 1869 R. 113, bez. im Landesgesetzblatt gemäß V. v. 17. Feber 1863 R. 19), und daß die als Gesetz bezeichnete Rechtsnorm publizirt werde im Namen des Kaisers, mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper, und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers, Art. 10 des Staats-G. G. R. 145. Die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes hat der Richter nicht zu prüfen.

Als provisorische Gesetze erscheinen die kaiserlichen Verordnungen (sog. Nothverordnungen) nach §. 14 des Staats-G. G. R. 141. Der Richter hat Anordnungen, zu welchen verfassungsmäßig die Zustimmung des Reichsrathes erforderlich erscheint, sobald bei der Kundmachung die Berufung auf diese Zustimmung fehlt, Gesetzeskraft nur beizulegen, wenn die Kundmachung erfolgt zu einer Zeit, wo der Reichsrath nicht versammelt ist, im Namen des Kaisers, unter Mitfertigung sämmtlicher Minister und mit ausdrücklichem Bezug auf §. 14 des cit. G., und wenn die Anordnung keine Änderung des Staatsgrundgesetzes bezweckt, keine dauernde Belastung des Staatsschatzes, und keine Veräußerung von Staatsgut betrifft. Die Dringlichkeit einer solchen Anordnung hat der Richter nicht zu prüfen. Eine solche Nothverordnung hat nur provisorische Gesetzeskraft; der Richter darf sie nicht weiter anwenden, wenn die Genehmigung des Reichsrathes nicht rechtzeitig, oder aber fruchtlos angestrebt wird.

Über die Giltigkeit von Verordnungen (d. i. allgemeine Normen, die nicht als Gesetze oder Nothverordnungen kundgemacht werden, gleichviel ob sie vom Kaiser allein, oder unter ministerieller Mitfertigung, oder ob sie von einer Verwaltungs- oder

Digitized by Google

Justizbehörde ergehen) haben die Gerichte im gesetzlichen Instanzenzuge zu entscheiden; sie haben die materiellen und die formellen Voraussetzungen nach Art. 11 des Staats-G. G. R. 145 zu prüfen.

Die richterliche Prüfung der Gesetze und Verordnungen stellt lediglich die Anwendbarkeit derselben für einen konkreten Fall fest; eine abstrakte Entscheidung über den legalen Bestand einer Anordnung steht dem Gerichte nicht zu.

Auf die vor der Wirksamkeit der Staatsgrundgesetze vom 21. Dezember 1867 erflossenen Anordnungen haben die Bestimmungen über das richterliche Prüfungsrecht keine Anwendung; sie gelten als den Richter bindende Gesetze, wenn sie nach den zur Zeit ihrer Erlassung in Geltung gestandenen Bestimmungen als allgemeine Norm publizirt wurden.

III. Mit der Unabhängigkeit der Gerichte steht das Aufsichtsrecht des Justizministeriums nicht im Widerspruche. Das Ministerium hat keinen Einfluß auf die Rechtspflege, sondern nur auf den Gang der Justizgeschäfte (§. 90 Gr. Instr.), und ist sohin berechtigt, über Beschwerden, wenn Verzögerung oder Verweigerung der Justiz, Abhilfe zu schaffen.

§. 11.

Die äußere Organisation der Zivilgerichte.

Die grundlegenden Gesetze über die Organisation der Zivilgerichte sind: das k. P. v. 7. August 1850 R. 325 über die Zusammensetzung und den Wirkungskreis des obersten Gerichtshofes; das a. h. Kabinetschreiben vom 31. Dezember 1851 R. 4 ai. 1852, welches die Grundzüge für die organische Einrichtung der Gerichte vorzeichnet: — die V. v. 19. Jänner 1853 R. 10 (für Dalmatien v. 11. Oktober 1852 R. 200) über die Organisation der Gerichtshöfe II. und I. Instanz, — das G. v. 11. Juni 1868 R. 59 über die Trennung der Einzelngerichte von den Verwaltungsbehörden.

Digitized by Google

Es bestehen nur landesfürstliche Gerichte. Justiz und Verwaltung sind getrennt. Es sind drei Instanzen eingesetzt und vollständig organisirt. Die dritte Instanz ist auch Spruchinstanz. Die Staatsanwaltschaft hat auf die Zivilgerichtsbarkeit keinen Einfluß.

A. Zivilgerichte erster Instanz.

Zivilgerichte erster Instanz sind: die Kreisgerichte, in den Landeshauptstädten und wo sonst die Geschäfte von besonderer Wichtigkeit sind, Landesgerichte genannt, [1]) und die Bezirksgerichte, die besonderen Handelsgerichte und Handelsbagatellgerichte, das Oberstthofmarschallamt und die österr. Konsulargerichte.

I. Die Kreisgerichte sind Kollegialgerichte mit einem großen Sprengel (in der Regel der Umfang eines früheren polit. Kreises). In diesem Gerichtshofsprengel bestehen zugleich Einzelngerichte, d. s. die Bezirksgerichte. Die Bezirksgerichte im Standorte des Gerichtshofes (besetzt mit Beamten desselben) heißen städtisch-delegirte B. G., die außer dem Standorte des Gerichtshofes bestellten Bezirksgerichte schlechtweg.

Diese Kreis- (Landes-) und Bezirksgerichte sind koordinirte Gerichte erster Instanz: sie verwalten die allgemeine Gerichtsbarkeit, und die besondere (Kausal-) Gerichtsbarkeit in Handels-, See- und Bergsachen.

In die allgemeine Gerichtsbarkeit theilen sich das Kreisgericht und die in seinem Sprengel befindlichen Bezirksgerichte nach folgenden Grundsätzen: Im Standorte des Kreis- (Landes-) Gerichtes (engerer Sprengel desselben) ist der Gerichtshof für alle Rechtssachen kompetent, welche nicht ausdrücklich den städt. deleg. Bezirksgerichten zugewiesen sind, §. 12 und 15 J. N. Außer dem Standorte des Gerichtshofes

[1]) Die Dienstkategorie der Räthe der Kreis- und Landesgerichte ist seit G. v. 24. April 1869 R. 48 gleich.

Digitized by Google

(weiterer Sprengel desselben) gehören alle Rechtssachen vor das Bezirksgericht, welche nicht dem Gerichtshof vorbehalten sind, §. 12 und 14 J. N.

Die Handelsgerichtsbarkeit übt außer dem Standorte des Gerichtshofes das Bezirksgericht; nur Wechselstreitigkeiten und Klagen auf Ersatzleistung aus Personen betreffende Ereignungen im Verkehre einer mit Anwendung von Dampfkraft betriebenen Eisenbahn (G. v. 5. März 1869 R. 27)[2] sind dem Gerichtshofe vorbehalten; im Standorte des Gerichtshofes gehören alle Handelssachen zum Gerichtshofe, u. z. zum Handelssenat des Kreis- (Landes-) Gerichtes, in Wien, Triest und Prag aber zu dem neben dem Landesgerichte bestehenden besonderen Handelsgerichte.

Mit Gesetz vom 27. April 1873 R. 66 wurden die ordentlichen und die städt.-deleg. Bezirksgerichte zu Bagatellgerichten bestellt, u. z. auch für die zur Handelsgerichtsbarkeit gehörigen Bagatellsachen, also am Standorte des Gerichtshofes die zum Bagatellverfahren sich eignenden Handelssachen dem Handelssenate abgenommen und den städt.-deleg. Bezirksgerichten zugewiesen. Nur für den Standort der besonderen Handelsgerichte in Wien Triest und Prag wurden besondere Handelsbagatellgerichte in Handelssachen errichtet (V. v. 2. Juni 1873 R. 101), welche zu dem Handelsgerichte in gleicher Stellung sich befinden, wie die städt.-deleg. B. G. zum Kreis- (Landes-) Gerichte.

Die Berg- und Seegerichtsbarkeit üben nur Gerichtshöfe, u. z. Berggerichtsbarkeit bestimmte Kreisgerichte ev. auch für den Sprengel nachbarlicher Gerichtshöfe, — Seegerichtsbarkeit das Handelsgericht in Triest und die Gerichtshöfe in Dalmatien.

II. Das Oberstthofmarschallamt in Wien ist ein Ausnahmsgericht (privilegirtes G.) mit persönlich bestimmter Kompetenz.

[2] Dieses Gesetz gebraucht den Ausdruck Handelsgericht nur für die Bezeichnung des bezüglichen Gerichtshofes.

Digitized by Google

Die Militärgerichte wurden mit G. v. 20 Mai 1869 R. 78 auf Strafsachen beschränkt, und die Militärpersonen in bürgerlichen Rechtssachen den Zivilgerichten unterstellt. Dabei wurde bestimmt (§§. 9, 12 und 17 cit.), daß Zustellungen und andere gerichtliche Amtshandlungen in militärischen oder vom Militär besetzten Gebäuden nach Anzeige an den bezüglichen Kommandanten zu erfolgen haben, und von der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Militärperson, dann von einer Schuldklage auf Grund einer mit dem Ehrenworte verbürgten Zahlungszusicherung gegen Offiziere die vorgesetzte Militärbehörde zu verständigen sei. Die im Landwehrverbande stehenden Personen unterstehen in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten den allgemeinen Gesetzen und den Zivilgerichten, §. 13, G. v. 2. April 1885 R. 93.

III. Traktatmäßig übt Österreich Zivilgerichtsbarkeit über österreichische Unterthanen und Schutzgenossen im osmanischen Reiche,[3]) u. z. auch in jenen Staaten, welche sich in der Neuzeit aus Bestandtheilen des osmanischen Reiches gebildet haben. Es sind die dort bestellten Generalkonsulate, Konsulate, sowie die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Vizekonsulate ordentliche österr. Gerichte, welche einem bestimmten Oberlandesgerichte zugewiesen sind, und für welche die österr. Gesetze zur Richtschnur dienen, sofern nicht ein allgemein anerkanntes Gewohnheitsrecht oder kundgemachte besondere Anordnungen anderes normiren. V. v. 29. Jänner 1855 R. 23, — V. v. 31. März 1855 R. 58.

In Bosnien und der Herzegowina sind zu Folge der österr. Verwaltung an Stelle der Konsulargerichte als Justizbehörden bestellt: die Landesregierung in Serajewo II. Ab. als leitende Behörde, welcher unterstehen das Obergericht daselbst, und als Gerichte erster Instanz sechs Kreisgerichte, in deren

[3]) Malfatti: Handbuch des österr.-ungar. Konsularwesens 1879. — Haimerls Mag. 11, 267. — Kaserer: Justizverwaltung 1, S. 88.

Digitized by Google

weiteren Sprengel die Bezirksbehörden als Erstinstanzgerichte fungiren.

Die österr. Konsulargerichte in Egypten wurden mit G. vom 20. Jänner 1875 R. 12, vollzogen mit V. vom 18. Dezember 1875 R. 153, vom 1. Feber 1876 ab auf die Streitigkeiten österr. Unterthanen untereinander und die Entscheidung von Statusfragen beschränkt; die Rechtssachen aber, in welchen eine der Parteien einem fremden Staate angehört, oder ein in Egypten gelegenes Immobile, oder ein Recht darauf Gegenstand des Streites ist, wurden den dort aktivirten Gerichten der Reform zugewiesen.[4]) Diese zunächst für fünf Jahre getroffene Einrichtung wurde verlängert, zuletzt mit k. V. vom 21. Jänner 1884 R. 14, bis 1. Februar 1889.

In Tunis hat Frankreich mit Gesetz vom 27. März 1883 einen Gerichtshof und sechs Friedensrichter eingesetzt zur Verwaltung der Zivilgerichtsbarkeit zwischen Franzosen und französischen Schutzgenossen, und der Strafgerichtsbarkeit, wenn der Beschuldigte ein Franzose ist. Mit Dekret des Bey von Tunis vom 5. Mai 1883 wurden die Staatsangehörigen jener Mächte, welche auf die Konsulargerichtsbarkeit verzichten, diesen neuen Gerichten unterstellt. Die Konsuln der österr.-ungar. Monarchie in Tunis wurden auf Grund des G. vom 22. April 1884 R. 62 mit k. V. vom 30. Mai 1884 R. 83 angewiesen, die Ausübung der ihnen in der Regentschaft Tunis zustehenden Gerichtsbarkeit in Strafsachen, dann in bürgerlichen und Handelsangelegenheiten, sowohl im Erkenntniß- als im Vollstreckungsverfahren insoweit einzustellen und den französischen Gerichten zu überlassen, als der Wirkungskreis dieser Gerichte sich auf die Ausübung der erwähnten Gerichtsbarkeit erstreckt.[5])

[4]) Berggruen in Grünhuts Zeitschr. 2, 387. — Krit. Viertelj. 23, 118. — Jur. Blätter 1875: 26. 28.

[5]) Deutschland hat bereits mit G. v. 27. Juli 1883 auf die Konsulargerichtsbarkeit zu Gunsten der französischen Gerichte verzichtet.

Digitized by Google

B. Zivilgerichte zweiter und dritter Instanz.

Zivilgerichte zweiter Instanz sind für die Bezirksgerichte und die Gerichtshöfe erster Instanz ihres Sprengels in Betreff der allgemeinen und besonderen Gerichtsbarkeit die Oberlandesgerichte, §. 93 J. N., u. z. in:

Wien für Nieder- und Oberösterreich und Salzburg, zugleich zweite Instanz für das Oberstthofmarschallamt,

Graz für Steiermark, Kärnthen und Krain,
Triest für das österr.-illyr. Küstenland,
Zara für Dalmatien,
Prag für Böhmen,
Brünn für Mähren und Schlesien,
Krakau für Westgalizien,
Lemberg für Ostgalizien und die Bukowina,
Innsbruck für Tirol und Vorarlberg.[6])

Die Oberlandesgerichte sind auch zweite Instanzen für die Konsulargerichte, u. z. das O. L. G. in Lemberg für die Konsulargerichte in der Moldau, das O. L. G. in Wien für die Konsulargerichte in Serbien und der Wallachei, das O. L. G. in Triest für die übrigen Konsulargerichte, und für die von einem Konsular- als Seegerichte geschöpften Entscheidungen.

Die O. L. Gerichte sind erste Instanz für Ersatzklagen der Parteien wegen der von richterlichen Beamten zugefügten Rechtsverletzungen, G. v. 12. Juli 1872 R. 112, §. 8, — und Disziplinargericht erster Instanz für richterliche Beamten, G. v. 21. Mai 1868 R. 46, §. 8, und für Notare §. 160 Not. O.

---

[6]) Zufolge Hfd. v. 23. Februar 1818 N. 1418 ist dieses Oberlandesgericht zugleich dritte Instanz für Rechtsangelegenheiten des Fürstenthums Liechtenstein in Zivil- und Strafsachen. Vergl. Staatsvertrag 19. Jänner 1884 R. 124.

Digitized by Google

Zivilgericht dritter Instanz in betreff aller O. L. Gerichte und der diesen unterstellten Gerichten ist der oberste Gerichtshof in Wien.

Der oberste G. H. ist zweite und letzte Instanz für die oben genannten Ersatz- (Syndikats-) Klagen, — Disziplinargericht erster Instanz für bestimmte richterliche Beamten, — Beschwerde- und Berufungsinstanz bezüglich der Disziplinarerkenntnisse der O. L. Gerichte, G. v. 21. Mai 1868 §§. 14, 17, 24 — §. 161 Not. O., und bezüglich der Entscheidungen des Disziplinarrathes der Advokatenkammer, G. v. 1. April 1872 R. 40, §. 48.

§. 12.

Die einzelnen Gerichtspersonen.

I. Maßgebende Gesetze sind neben den im §. 11 erwähnten die Gerichts-Instruktion, k. Patent v. 3. Mai 1853 R. 81, und das G. v. 21. Mai 1868 R. 46 über die Disziplinarbehandlung richterlicher Beamten.

Gerichtspersonen sind die Richter, die richterlichen Hilfsbeamten, das Kanzleipersonale und die Dienerschaft.

II. Richter im Sinne des Staats-G. G. über die richterliche Gewalt sind die zur selbstständigen Ausübung richterlicher Funktionen angestellten Beamten, nämlich die Präsidenten, Vizepräsidenten und Räthe der Gerichtshöfe, die Bezirksrichter, dann jene Sekretäre und Adjunkten, welchen bei dem Gerichtshofe das Stimmrecht übertragen ist, §. 1, G. v. 21. Mai 1868 R. 46. Die Ernennung erfolgt vom Kaiser, oder in dessen Namen vom Justizminister definitiv und auf Lebensdauer, Art. 5, Staats.-G. G. R. 144, und unter Zuweisung einer fixirten Besoldung.

Das Richteramt ist also ein lebenslängliches besoldetes Staatsamt. Eine Dienstentlassung kann nur erfolgen zu Folge eines Erkenntnisses des kompetenten Disziplinargerichtes, — eine unfreiwillige Versetzung auf einen anderen Dienstposten oder in den zeitlichen Ruhestand auf Grund eines solchen Erkenntnisses,

Digitized by Google

aber auch, wenn es durch eine Veränderung in der Organisation der Gerichte nothwendig wird. Einer Versetzung muß sich auch jener Richter unterziehen, welcher durch seine Verehelichung ein durch §. 17 Gr. J. ausgeschlossenes Schwägerschaftsverhältniß zu einem Richter desselben Gerichtes begründet, §§. 43, 44, 53, G. v. 21. Mai 1868.[1])

Die Berufung zu diesem Richteramte ist bedingt:

a) von der körperlichen und geistigen Eignung zur Erfüllung der Amtspflichten, bei deren Wegfall bestellte Richter zu amoviren sind, §. 51, G. v. 21. Mai 1868;

b) von bestimmten gesetzlichen Erfordernissen. Diese sind: 1. männliches Geschlecht, — 2. österr. Staatsbürgerschaft, — 3. tadellose sittliche und politische Haltung, §. 2—4 Gr. J., — 4. durch Absolvirung juridischer Studien erworbene, und durch die theoretischen Staatsprüfungen oder das Doctorat, entsprechende Praxis und die Richteramtsprüfung erprobte Rechtswissenschaft, V. v. 10. Okt. 1854 R. 262, — 5. physische Großjährigkeit.

Die Berufung verpflichtet zum Richtereide; dieser ist bei jedem Antritt eines höheren Dienstpostens zu erneuern, §. 32 Gr. J.

Neben den angestellten Richtern haben Fachmänner Stimmrecht bei den zur Ausübung der Handels- und Berggerichtsbarkeit berufenen Gerichtshöfen erster Instanz. Die Ernennung dieser fachmännischen Gerichtsbeisitzer erfolgt über Vorschlag der Handels- und Gewerbekammer, bez. der Berg- und Hüttenwerksbesitzer des bezüglichen Sprengels, vom Justizminister auf drei Jahre, §. 12 Gr. J. Der Handelsgerichtsbeisitzer muß registrirter Kaufmann oder öffentlicher Gesellschafter einer registrirten Handelsgesellschaft sein. Die Berufung zum Berggerichtsbeisitzer erfordert einjährigen Besitz oder fünfjährige selbstständige Verwaltung eines Berg-, oder Hüttenwerkes, oder Verwendung als Beamte der Berg- und Montanverwaltung. Der zu diesem Ehrenamte zu Berufende muß

[1] Über Ausnahmen, welche bei größeren Gerichtshöfen zugelassen werden, vergl. Kaserer: Justizverwaltung 1, S. 309, Note 1.

Digitized by Google

dreißig Jahre alt, männlichen Geschlechtes, österr. Staatsbürger sein, im Vollgenuß der Ehre stehen, und im Gerichtsorte, bez. in der Nähe wohnen. Die Beisitzer leisten den Richtereid; sie unterliegen keiner Disziplinarbehandlung, wohl aber gilt für sie das G. v. 12. Juli 1872 R. 112 über Syndikatsklagen.

III. Richterliche Hilfsbeamte sind die Sekretäre, Adjunkten und Auskultanten, soweit den ersteren nicht das Votum beim Gerichtshof verliehen ist. Gefordert wird für diese Anstellungen gleiche Qualifikation wie für das Richteramt, die Richterprüfung allerdings nur zu den höheren Konzeptsdienstposten, der Richtereid und das vollendete 24. Lebensjahr zur Bestellung als Bagatellrichter oder Stellvertreter des Bezirksrichters. Diese Hilfsbeamten können nicht bloß zu Folge Erkenntnisses des kompetenten Disciplinargerichtes, sondern auch im Interesse des Dienstes im administrativen Wege an eine andere Stelle, und auch in den zeitlichen oder bleibenden Ruhestand versetzt werden, §§. 47 und 55, G. v. 21. Mai 1868 R. 46.

Die richterlichen Hilfsbeamten sind berufen zur Beurkundung gerichtlicher Funktionen und zur Konzipirung von Erledigungen; Richterfunktionen vollziehen sie, wenn sie zum Bagatellrichter oder Stellvertreter des Bezirksrichters bestellt sind. Die vom Obergerichtspräsidenten als Rechtspraktikanten aufgenommenen absolvirten und geprüften Juristen werden zu ihrer Ausbildung im gerichtlichen Dienste entsprechend verwendet.[2])

[2]) Das Gesetz vom 10. September 1885 R. 136, betreffend die Gerichtspraxis, bestimmt: Die Zulassung zur praktischen Richteramtsprüfung erfordert den Ausweis zweijähriger Gerichtspraxis; der Präsident des O. L. G. bestimmt das Gericht, bei welchem diese Praxis zu vollstrecken ist; von derselben muß mindestens Ein Jahr bei einem Gerichtshofe erster J. zurückgelegt werden. Nach Vollendung der zweijährigen Praxis ist über Ansuchen bei entsprechender Verwendung und tadellosem Verhalten die Fortsetzung der Praxis bei einem Gerichte oder der Staatsanwaltschaft zu bewilligen. Die Gerichts- und eventuell staatsanwaltschaftliche Praxis wird für die Bemessung der Ruhegebühr angerechnet, wenn sie ununterbrochen ist

Digitized by Google

IV. Bei jedem Gerichte sind Kanzleibeamte und eine angemessene Dienerschaft angestellt. Die Anstellung im Kanzleifache erfordert den Nachweis entsprechender Fähigkeiten und Kenntnisse, §. 6 Gr. J. Die Kanzleibeamten und Diener sind versetzbar und im Wege des administrativen Disziplinarverfahrens absetzbar.

Das Hilfspersonale besorgt die Geschäfte der Hilfsämter. Solche sind:

1. Das Einreichungsprotokoll zur Entgegennahme der an das Gericht gerichteten schriftlichen Eingaben, der Poststücke, der bei Gericht zu Protokoll gebrachten Gesuche und Klagen und der da inrotulirten Prozeßakten, welche der verhandelnde Richter präsentirt, §§. 108 f. Gr. J. — Die Geschäftsstücke werden nach der Zeit des Einlangens unter je vom 1. Jänner laufender Zahl in einem Protokolle (getheilt für Zivil-, Straf-, Handels- und Bergsachen) verzeichnet; diese Exhibitenzahl, sowie das Datum der Überreichung wird auf dem Geschäftsstücke (und den Beilagen) ersichtlich gemacht. Unter dieser Geschäftszahl ergeht die gerichtliche Erledigung. Wenn eine Partei über die Zeit der Überreichung ihrer Eingabe einen Beweis zu erhalten wünscht, so hat sie eine Rubrik dieser Eingabe beizubringen, auf welcher der Tag der Überreichung und die Protokollszahl angemerkt wird, §. 117 Gr. J.

2. Das Expeditsamt zur Besorgung der Reinschrift, Expedition und des Vollzuges der gerichtlichen Erledigungen, §§. 207 f. Gr. J.

3. Die Registratur zur Aufbewahrung der Amtsakten und Führung der Verzeichnisse über dieselben, §§. 220 f. Gr. J. Die Registratur führt das Betreibungsprotokoll, ein Diarium über

---

und an dieselbe eine anrechenbare Dienstleistung unmittelbar anschließt. Verletzung und Vernachlässigung der Pflichten berechtigt den O. L. G.-Präsidenten zur Entlassung des Rechtspraktikanten, wogegen binnen 8 Tagen eine Beschwerde an den Justizminister eingebracht werden kann. Eine Wiederaufnahme in die Praxis kann sohin nicht vor Ablauf von 6 Monaten stattfinden.

Digitized by Google

jene gerichtlichen Verfügungen, deren Befolgung von amtswegen zu überwachen ist, §. 240—242 Gr. J.

4. Das Grundbuchsamt zur Besorgung der Manipulation betreffend die Grundbücher. Die Eignung zu Grundbuchsbeamtenstellen ist durch eine Prüfung beim Gerichtshof erster Instanz festzustellen, V. v. 10. Juni 1855 R. 101.

5. Das Depositenamt zur Verwahrung und Verrechnung gerichtlicher Depositen. Besondere Depositenämter bestehen nur da, wo sie zur Zeit der neuen Gerichtsorganisation bereits bestanden, V. v. 19. Jän. 1853, R. 10 §. 7, oder aus besonderem Anlaß später eingerichtet wurden. Anderorts besorgen die Steuerämter als gerichtliche Depositenämter die Übernahme, Aufbewahrung und kassamäßige Verrechnung des ihnen von den Gerichten zugewiesenen Depositen-, Waisen- und Verlassenschaftsvermögens V. v. 16. Nov. 1850 R. 448.

6. Das Handels- und Genossenschaftsregister bei den zur Handelsgerichtsbarkeit bestellten Gerichtshöfen.

V. Die bei Gericht Angestellten sind zu prompter und uneigennütziger Erfüllung ihrer Amtspflichten, zu vorwurfsfreiem Verhalten im häuslichen und bürgerlichen Leben, zur Verschwiegenheit, zur Enthaltung von jeder dem Amte oder dem Ansehen abträglichen Nebenbeschäftigung verpflichtet, §§. 47, 48, 50 Gr. J. Der Richter hat die Gerechtigkeit mit strenger Unparteilichkeit nach den Gesetzen zu verwalten, §. 46 Gr. J. Alle richterlichen Beamten haben im Diensteide die unverbrüchliche Beobachtung der Staatsgrundgesetze zu geloben, Art. 8 Staats-G. G., R. 144.

Die Pflichterfüllung überwachen die Justizaufsichtsorgane. Es sind hinsichtlich des Ganges der Justizgeschäfte alle Bezirksgerichte der Aufsicht der Präsidenten der Gerichtshöfe erster Instanz, §. 90 Gr. J. und §. 6, G. v. 11. Juni 1868 R. 59, — alle Gerichte erster Instanz der Aufsicht der O. L. Gerichte und insbesondere der Präsidien derselben, §. 3, V. v. 19. Jänner

Digitized by Google

1853 R. 10, — und die Obergerichte dem Justizministerium untergeordnet, §. 90 Gr. J. Die Aufsicht wird geübt im Instanzenzuge, im Wege der Geschäftsberichte und der Visitation. An diese Aufsichtsorgane haben sich die Parteien mit Beschwerden wegen Verzögerung oder Verweigerung der Justiz zu wenden.

VI. Pflichtverletzungen seitens der Gerichtspersonen begründen für diese und den Staat eine Ersatzpflicht, G. v. 12. Juli 1872 R. 112 über Syndikatsklagen, und haben Disziplinarbehandlung zur Folge.

Die Disziplinarbehandlung der Richter und richterlichen Hilfsbeamten regelt das G. v. 21. Mai 1868 R. 46. Es unterscheidet Ordnungsstrafen (Mahnung und Verweis), welche die Gerichtsvorsteher und die Präsidenten der Gerichtshöfe erster und zweiter Instanz in Folge der Justizaufsicht verhängen, — und Disziplinarstrafen (Versetzung, Pensionirung und Dienstentlassung), welche vom Disziplinargerichte (dem obersten Gerichtshof, bez. Oberlandesgericht) nach gepflogener Erhebung, über Anklagebeschluß, nach einer unter Intervention des Generalprokurators, bez. Oberstaatsanwaltes und eines etwa bestellten Vertheidigers gepflogenen geheimen mündlichen Verhandlung verhängt werden.

Die Disziplinarbehandlung der Kanzleibeamten und Diener erfolgt von den Justizadministrativbehörden in der Form des administrativen Verfahrens, §. 75 Gr. J.

§. 13.

Die Ausübung der Gerichtsbarkeit.

1. Im Allgemeinen.

I. Bei den Einzelngerichten, d. h. den Bezirksgerichten und den Bagatellgerichten.

Bei den Bezirksgerichten hat der Bezirksrichter alle Tagsatzungen, sowie überhaupt alle mündlichen Verhandlungen, mit Zuziehung eines beeideten Schriftführers vorzunehmen, und

Digitized by Google

die gerichtlichen Erledigungen, welche (allenfalls von einem richterlichen Hilfsbeamten) stets schriftlich zu entwerfen sind, im Konzepte und in der Ausfertigung zu unterschreiben, §. 247—249 Gr. J. An Stelle des Bezirksrichters fungirt der vom Oberlandesgerichte bestellte Vertreter.

Zu selbstständiger Ausübung des Richteramtes in Bagatellsachen können nach Bedarf nebst dem Leiter des Bezirksgerichtes richterliche Beamte des Bezirksgerichtes berufen werden. Den Bagatellgerichten in Handelssachen werden die erforderlichen Richter von dem Präsidenten des Handelsgerichtes zugewiesen, §. 8 Bag. V.

II. Bei den Kollegialgerichten, also bei den Kreis-, Landes- und Handelsgerichten, dem Obersthofmarschallamt und den Obergerichten.

An der Spitze eines Kollegialgerichtes steht ein Präsident, welchem die oberste Leitung und Vertretung des Gerichtes, der Vorsitz in den Plenarversammlungen und die Bildung der Senate zukommt.

Bezüglich des Geschäftsganges sind zu unterscheiden die Verhandlungen und die Beschlußfassung.

Verhandlungen sind in der Regel von einem dazu beauftragten Richter, Verhandlungen in Ehestreitigkeiten und Tagsatzungen über die Feilbietung größerer unbeweglicher Güter von zwei Richtern, mit Zuziehung eines beeideten Schriftführers vorzunehmen.

Die Erledigung der Geschäftsstücke, d. h. die gerichtliche Verfügung und Entscheidung über Eingaben und Tagsatzungsverhandlungen ergeht von Spruchkollegien (Senaten). Der Präsident vertheilt die Geschäftsstücke an die einzelnen Richter zum Referate, d. i. zur schriftlichen Bearbeitung der Entscheidung und deren Begründung. Dem Referate über geschlossene Prozesse ist ein Aktenauszug zu Grunde zu legen. Nach Bedarf wird ein Korreferent bestellt, welcher die Entscheidung und deren Be-

Digitized by Google

gründung nochmals selbstständig zu entwerfen hat, §. 133 f. Gr. J. Das Referat ist in dem vom Präsidenten bestimmten Senate vorzutragen, und darüber regelmäßig ohne Diskussion abzustimmen. Fordert die gründliche Entscheidung einer Angelegenheit längere Überlegung, so ist das Referat vor der endgiltigen Abstimmung den Votanten zur Vorbereitung mitzutheilen, §. 169 Gr. J. Kann mit der Erledigung eines Geschäftsstückes nicht bis zur ordentlichen Rathssitzung zugewartet werden, so hat der Präsident eine außerordentliche Sitzung, oder schriftliche Abstimmung anzuordnen, §. 170 Gr. J.

Geschäftsstücke, welche bloß die Leitung des Verfahrens in einer bereits anhängigen Rechtsangelegenheit betreffen, und deren Erledigung keinen entscheidenden Einfluß auf die Rechte der Parteien nimmt und gesetzlich zweifellos ist, Auskünfte u. dergl. unterliegen keiner Berathung, sondern es wird die vom Referenten entworfene Ausfertigung mit Genehmigung des Gerichtsvorstehers als Erledigung hinausgegeben, §. 146 Gr. J.

III. Bei den Konsulargerichten.

Die Konsulargerichte wurden bezüglich der Zusammensetzung bei Schöpfung der Entscheidung von Rechtssachen auf das bisher Übliche verwiesen, V. v. 31. März 1855 R. 58, §. 5. Nach Maßgabe dieser Übung sind zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten Kommissionen (Laienkollegien) berufen, welchen der Rechtsfall nach geschlossenem Verfahren in einer mündlichen Verhandlung, bei welcher auch den Parteien Erörterungen vorbehalten sind, vorgeführt wird. Die Entscheidung der Kommission bedarf vor der Ausfertigung der Homologirung des Vorstehers des Konsulargerichtes (§. 20, 22 cit.). — Wo Kommissionen nicht üblich sind, entscheidet das Konsular- als Einzelngericht.

2. Die Berathung und Abstimmung bei den Gerichtshöfen.

IV. Für die Zivilsenate der Gerichtshöfe gilt Folgendes:

Digitized by Google

a) Landes- und Kreisgerichte berathen Zivilstreitsachen in einer Rathsversammlung von einem Vorsitzenden und zwei Richtern; aus wichtigen Gründen, insbesondere wenn über schriftlich verhandelte Prozesse das Erkenntniß in der Hauptsache geschöpft werden soll, kann eine größere Zahl von Richtern beigezogen werden; vier Richter müssen beigezogen werden bei Streitigkeiten wegen Scheidung von Tisch und Bett, oder wegen Trennung oder Ungiltigkeitserklärung einer Ehe, §. 149 Gr. J.

Bei den zur Ausübung der Handels- und Berggerichtsbarkeit berufenen Gerichtshöfen werden Zivilstreitsachen in Gegenwart von einem Vorsitzenden und zwei Richtern berathen; doch müssen allen Berathungen, welche nicht bloß die Leitung des Verfahrens betreffen, außer der festgesetzten Zahl der rechtsgelehrten Richter, Ein, und wenn es thunlich ist, zwei der zum Richteramte bestellten Fachmänner zugezogen werden (§. 150 Gr. J.), welche ihr Votum nach den Räthen und vor den Rathssupplenten abgeben.

Das Oberstthofmarschallamt entscheidet Zivilsachen in einem Kollegium von vier, dem Wiener Landesgerichte entnommenen Richtern unter dem Vorsitze des Oberstthofmarschalls.

b) Die Oberlandesgerichte erledigen die Geschäfte in einem Senate von einem Vorsitzenden und vier Stimmführern; in einem Senate mit acht Stimmführern ev. im Plenum sind zu berathen Entscheidungen über die Ungiltigkeit und Trennung einer Ehe, und Jurisdiktionsstreitigkeiten österr. Gerichte mit ausländischen Behörden, §§. 154, 152 Gr. J. — Disziplinarsachen der Richter und Notare sind unter dem Vorsitze des Präsidenten oder seines Stellvertreters in einem mit Beginn des Jahres bleibend zusammengesetzten Senate von vier Mitgliedern zu entscheiden, §. 9, G. v. 21. Mai 1868, R. 46 und §. 161 Not. O.

c) Der oberste Gerichtshof entscheidet Civilrechtssachen in Senaten von sechs Räthen und einem Vorsitzenden; zehn Räthe sind beizuziehen zur Entscheidung über Revisionen gegen gleichlautende Zivilurtheile und Ehe-Ungiltigkeitserklärungen. Diszi-

Digitized by Google

plinarsachen der Richter, Advokaten und Notare werden unter dem Vorsitz des Präsidenten oder dessen Stellvertreters in einem für ein Jahr bestellten Senat von acht Richtern entschieden, §. 9, G. v. 21. Mai 1868 — §. 50, G. v. 1. April 1872 R. 40 — §. 161 Not. O.

Wird der Berathung in erster oder zweiter Instanz nicht die erforderliche Zahl von Richtern beigezogen, so hat die höhere Instanz, an welche die Sache im Wege des Rekurses oder der Berufung kommt, die Verfügung oder Entscheidung zu kassiren, §. 156 Gr. J.

Richterliche Hilfsbeamte können zum Vortrage der von ihnen gearbeiteten Erledigungen im Senate zugelassen werden.

V. Die Richter neben dem Vorsitzenden sind Stimmführer (§. 153 Gr. J.); der Beschluß wird gefaßt nach der Meinung aller oder der absoluten Majorität der Stimmführer.[1]) Der Vorsitzende kann durch seinen Beitritt für die Meinung der Hälfte der sämmtlichen Stimmführer den Ausschlag geben (§. 168 a. und b. Gr. J.); ihm steht auch frei, die Gründe, aus welchen nach seiner Meinung ein anderer Beschluß hätte gefaßt werden sollen, zu Protokoll zu geben, §. 166 Gr. J. Bei Stimmenzersplitterung hat der Vorsitzende durch Theilung der Fragen, oder durch Übertragung der Sache in einen verstärkten Senat Abhilfe zu schaffen, §. 168 c. Gr. J. Zu einer neuerlichen Abstimmung sind die Räthe zu veranlassen, wenn bei der Berathschlagung entscheidende Umstände übergangen oder unrichtig dargestellt worden sind, §. 166 Gr. J. Den Votanten ist vorbehalten, im Laufe der nämlichen Sitzung von der bereits abgegebenen Meinung zurückzutreten, §. 171 Gr. J. Zu einer Suspension des Beschlusses ist der Vorsitzende in Zivilstreitsachen nicht berechtigt, §. 172 Gr. J.

[1]) Die Abänderung gleichlautender Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz fordert Zweidrittelmajorität der Stimmführer, a. h. Ent. v. 17. Mai 1842 Nr. 616.

Digitized by Google

VI. Über die Verhandlung im Senate ist von einem beeideten Schriftführer ein Protokoll aufzunehmen; die Abstimmung und Schlußfassung ist überdies mit Angabe des Tages der Berathung, der Senatsmitglieder und der Art der Votirung unter Mitfertigung des Vorsitzenden auf dem Referate ersichtlich zu machen, §. 177 fol. Gr. J.

§. 14.

Die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen.

Die Besorgniß der Parteilichkeit begründet:

a) die Ausschließung des Richters (Inhabilität), d. i. die Pflicht desselben, sich jeder Betheiligung an der Verhandlung und jeder Einflußnahme auf die Entscheidung zu enthalten. Das Gesetz, §§. 52—54 Gr. J., schließt den Richter aus.

1. In seinen eigenen und allen denjenigen Geschäften, bei welchen er unmittelbar oder mittelbar Schaden oder Vortheil zu erwarten hat;

2. in Geschäften seiner Gattin, seiner nahen Verwandten und Verschwägerten, seiner Wahl- oder Pflegeeltern, Wahl- oder Pflegekinder;

3. in Geschäften seiner Mündel oder Pflegebefohlenen. Die Verwaltung der Obervormundschaft begründet die Ausschließung nur in dem Falle, wenn auf Ungiltigkeit einer Urkunde geklagt wird, welche unter Dazwischenkunft des Gerichtes errichtet wurde, und nur für jene Richter, welche bei der Errichtung der Urkunde mitgewirkt haben;

4. in Geschäften seiner Gläubiger und Schuldner. Bestehende Bestandverträge begründen diese Ausschließung nicht;

5. in allen Fällen, wo er zu den Bevollmächtigten oder Vertretern der Parteien in einem der unter 2—4 genannten Verhältnissen steht;

6. in Geschäften, bei welchen er früher als Zeuge, Sachwalter, Rathgeber, Unterhändler oder Mittelsmann eingeschritten ist.

Digitized by Google

In höherer Instanz ist ausgeschlossen: α) von jeder Betheiligung Derjenige, der an der Entscheidung bei dem untergeordneten Gerichte theilnahm; β) vom Vorsitze und Referate Jener, der mit dem Referenten bei dem Untergerichte, bez. mit dem Bezirksrichter in nahem Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse steht.

Die Mitwirkung ausgeschlossener Richter begründet Nichtigkeit, §. 156 Gr. J. Auch untergeordnete Beamte und Gerichtsvollzieher haben bei Obwalten der genannten Verhältnisse um Enthebung von jeder Betheiligung zu bitten.

b) die Ablehnung, d. i. die Berechtigung der Partei, unter Berufung auf ein Verhältniß, welches Befangenheit besorgen läßt, das Eingreifen bestimmter Gerichtspersonen abzuwehren. Die Ablehnung erfolgt mit Gesuch an den Gerichtsvorsteher, oder mittelst Ansuchens um Delegation. §. 53 Gr. J.

Ausschließung und Ablehnung hat zur Folge, daß für den Gerichtsvorstand der Stellvertreter, für ein Gerichtsmitglied ein anderes eintritt; bewirkt sie Beschlußunfähigkeit eines Kollegialgerichtes, oder die Verhinderung eines Bezirksrichters, dem kein Vertreter beigegeben ist, so erfolgt über Anzeige des Gerichtes ev. über Gesuch der Partei Delegation, §. 57 Gr. J.

Zur Vermeidung von Weiterungen statuirt §. 42 J. N. einen besonderen Gerichtsstand für Vorsteher der Gerichte erster Instanz.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die Kompetenz der Zivilgerichte.

I. Abschnitt.

Die Zuständigkeit der Zivilgerichte im Allgemeinen.

§. 15.

Zivilprozeßsache.

I. Man nennt Zivilprozeßsachen jene Rechtssachen, welche im zivilgerichtlichen Streitverfahren zu verhandeln sind. Eine gesetzliche Bestimmung dieser Rechtssachen fehlt. Aus der Geschichte der Kodifikation folgt, daß die G. O. eine Norm für das Verfahren in Privatrechtssachen sei; die Jurisdiktionsnorm bezeichnet sich als Gesetz über die Zuständigkeit der Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen. Es erscheinen also die Zivilprozeßgerichte nur für jene Streitsachen zuständig, welche ausschließlich nach den Bestimmungen des Privatrechtes zu entscheiden sind, gleichviel, ob die Streitsache dem Bereiche des Status- und Familienrechtes, oder dem Bereiche des Vermögensrechtes angehört, gleichviel ob Streittheil ist eine Privatperson, oder eine Gesellschaft, oder eine Gemeinde, oder der Fiskus.[1])

II. Eine Beschränkung ergibt sich:

a) aus Art. 1 des Staats-G. G. über die Exekutivgewalt. Der Kaiser ist unverantwortlich und untersteht keiner Behörde. Rechtsgeschäfte, welche auf dessen Privateigenthum, oder auf die in dem

[1]) Dr. K. L. in der Ger. Z. 1872, 247 — Prazák, Sprory o příslušnosti 1883 S. 85. — Schrutka-Heyßler in Grünhuts Z. 11, 14, umgrenzt den Begriff von Zivilunrecht und Delikt, definirt Zivilunrecht als Inkongurenz von Recht und Wirklichkeit in der äußeren Welt, und bezeichnet als Zivilprozeßsache jedes konkrete Zivilunrecht, — Ansprüche, welche ausschließlich auf den Titeln des Privatrechtes beruhen und nach Privatrecht zu beurtheilen sind.

Digitized by Google

bürgerlichen Rechte gegründeten Erwerbungsarten sich beziehen, unterliegen der Beurtheilung der Gerichtsbehörden, §. 20 b. G. B. Bezüglich solcher Rechtsgeschäfte untersteht der Kaiser dem Oberst-hofmarschallamte, und in dinglichen Rechtssachen den ordentlichen Gerichten;

b) aus dem Hfd. v. 14. März 1806 Nr. 758, nach welchem Staatsbeamten ihrer Amtshandlungen wegen nicht bei Gericht belangt werden dürfen, und jede solche Klage sogleich zurückzuweisen ist. Da die im Art. 12 des Staats-G. G. über die Exekutivgewalt vorbedachte zivilrechtliche Haftung sämmtlicher Staatsdiener für die durch pflichtwidrige Verfügungen verursachten Rechtsverletzungen noch nicht gesetzlich normirt ist, steht die obige Anordnung annoch in Kraft. Doch gelten Ausnahmen.

1. Die Minister sind zivilrechtlich verantwortlich für den durch eine gesetzwidrige Amtsführung dem Staate oder einem Privaten zugefügten Schaden, doch muß die Amtsführung über Ministeranklage vom Staatsgerichtshof als gesetzwidrig erkannt sein. Dabei erkennt der Staatsgerichtshof selbst über die Ersatzleistung, wenn der Betrag und die Person, welcher sie gebührt, zuverlässig bestimmt werden kann; sonst stellt er die Verpflichtung zur Ersatzleistung fest, und verweist die weitere Verhandlung auf den ordentlichen Rechtsweg, §. 6 und 24, G. v. 25. Juli 1867 R. 101.

2. Fügen richterliche Beamte in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit durch Übertretung einer Amtspflicht einer Partei eine Rechtsverletzung und hiermit einen Schaden zu, gegen welchen die im gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmittel keine Abhilfe gewähren, so kann von der geschädigten Partei in der Regel der schuldtragende Beamte selbst, jedenfalls auch der Staat auf Ersatz geklagt werden. Geregelt ist dieses durch Art. 9 des Staats-G. G. über die richterliche Gewalt festgestellte Klagerecht im G. v. 12. Juli 1872 R. 112. Hat der Staat in Folge einer solchen Syndikatsklage Ersatz geleistet, so kann er von dem Beamten

Digitized by Google

Rückersatz im Zivilprozeßwege fordern, §. 19 und 21, obwohl sonst die Forderungen des Staates an seine Beamten und Diener, sowie die Forderungen der letzteren an den Staat, wenn sie aus dem Dienstverhältnisse abgeleitet werden, lediglich im Verwaltungswege auszutragen sind, Hfd. v. 16. August 1841 Nr. 555 und Hfkd. v. 26. Jänner 1843, Pol. G. S. 71, Bd. Nr. 6.

Die straf- und zivilgerichtliche Verfolgung wegen der im allgemeinen Strafgesetzbuche verpönten Handlungen und Unterlassungen, welche einem Staatsdiener zur Last fallen, steht den ordentlichen Gerichten zu; die Ministeranklage bei dem Staatsgerichtshofe kann sich jedoch auch auf solche Handlungen erstrecken, soweit sie mit den öffentlichen Funktionen des Ministers in Verbindung stehen, §. 8, G. v. 25. Juli 1867 R. 101.

Über die dem Reichsgerichte zugewiesenen vermögensrechtlichen Ansprüche vergl. §. 9.[2])

§. 16.

Der Zusammenhang mehrer Rechtssachen.

Man unterscheidet:

1. eine materielle Konnexität, wenn Rechtssachen miteinander verwandt sind, entweder a) in Folge gemeinsamen Ursprunges, d. i. gleicher thatsächlicher Grundlage (genetischer Zusammenhang), oder b) in Folge des Einflusses, welchen sie aufeinander nehmen, indem die Entscheidung einer Rechtssache für die Entscheidung einer anderen Rechtssache maßgebend ist (Präjudizialverhältniß), oder eine Entscheidung eine andere Entscheidung vorbereitet oder fördert (präparatorisches Verhältniß);

2. eine formelle Konnexität, wenn mehrere Rechtssachen durch die Rechtsverfolgung miteinander in Verbindung kommen.

Sind die Rechtssachen reine Zivilsachen, so ist bei genetischem Zusammenhange objektive und subjektive Klagenhäufung

[2]) Kißling: Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof 1875, S. 59.

Digitized by Google

zugelassen; — beim Präjudizialverhältniß dem Kläger regelmäßig freigelassen, die vollständige Entscheidung in einem Prozesse anzustreben, oder aber die Vorfrage zuerst und allein zur Entscheidung zu bringen; — beim präparatorischen Verhältnisse eine Nöthigung gegeben, die entsprechende Ordnung einzuhalten.

In einen formellen Zusammenhang werden Zivilrechtssachen gebracht durch die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte, also dadurch, daß ein Gericht für eine Rechtssache zuständig erklärt wird, weil es für eine andere Rechtssache kompetent ist.

Die Rechtsfolgen des Zusammenhanges einer Zivilsache mit einer Straf- und Verwaltungssache sind im Folgenden darzustellen.

§. 17.

Die Einflußnahme der Strafgerichte auf Zivilrechtssachen.*)

Ein Einfluß der Strafgerichte auf Zivilprozeßsachen ergibt sich:

1. bei genetischem Zusammenhang also dann, wenn sich aus demselben Thatbestand zivil- und strafrechtliche Folgen ergeben. An sich hat der Strafrichter lediglich das Strafgesetz im einzelnen Falle der Übertretung zur Anwendung zu bringen, also die öffentlichrechtlichen Folgen des Deliktes zu bestimmen. Nach der St. P. O. hat jedoch der Strafrichter über den aus demselben Thatbestand sich ergebenden Privatrechtsanspruch zu erkennen, wenn der Beschädigte sich dem Strafverfahren anschließt, die Strafverhandlung zur Verurtheilung des Beschuldigten führt, und die Ergebnisse des Strafverfahrens für die Entscheidung über den Privatrechtsanspruch zureichen (Adhäsionsprozeß), §§. 366 und 464 St. P. O. Die Entscheidung über den privatrechtlichen

*) E. Ullmann, Strafprozeßrecht 1879, S. 30. — Janka: Konnexität der Zivil- und Strafsachen, in den Mittheilungen des deut. Juristenvereines 1878, 16. Rosenblatt: Über den Zusammenhang von Zivil- und Strafsachen, in Geller's Centralblatt 2.

Digitized by Google

Anspruch kann mit Berufung angefochten werden, u. zw. die Entscheidung des Bezirksgerichtes von Seite des Angeklagten und des Privatbetheiligten, §§. 464 und 465 St. P. O., jene des Gerichtshofes und Geschwornengerichtes von Seite des Angeklagten, nicht auch vom Privatbetheiligten, §§. 283 und 345 St. P. O. Letzterem steht der Zivilrechtsweg offen, wenn er die vom Strafgerichte zuerkannte Entschädigung nicht genügend findet, §. 372 St. P. O.; auf den Zivilrechtsweg ist er beschränkt, wenn der Strafrechtsweg ausgeschlossen ist, oder der Beschuldigte nicht verurtheilt wird, oder der Strafrichter erster Instanz die Zivilrechtssache nicht spruchreif findet, §. 366 St. P. O. Der Ausspruch des Strafrichters über den Privatrechtsanspruch ist Zivilurtheil, und nach Rechtskraft des Strafurtheils vom Zivilrichter zu exequiren, §. 373 St. P. O.

Ist dem Strafverfahren ein Zivilurtheil über Privatrechtsverhältnisse vorausgegangen, so ist der Strafrichter nicht berechtigt, das vorhandene Zivilurtheil zu beseitigen, ausgenommen es wird die Nichtigkeit des Zivilurtheiles durch das Strafverfahren festgestellt.

2. wenn die strafgerichtliche Untersuchung für die Entscheidung einer Streitsache von Bedeutung erscheint. Rechtsangelegenheiten, deren Entscheidung von dem Beweise und der Zurechnung einer strafbaren Handlung abhängt, können vor erfolgtem Urtheile des Strafrichters bei dem Zivilgerichte nicht angebracht werden (wenn nicht schon in der Klage ausgewiesen wird, daß der Staatsanwalt die Anzeige zurückgelegt hat, oder die Untersuchung von der Rathskammer eingestellt wurde, §. 109 St. P. O.), ein bereits anhängiger Proceß ist, wenn sich hinreichende Anzeigen einer strafbaren Handlung ergeben, deren Feststellung auf die Entscheidung der Streitsache einen wesentlichen Einfluß haben könnte, einzustellen,[1]) und die Entscheidung

[1]) Eine bloße Anzeige genügt nicht zur Einstellung der Zivilverhandlung; es ist darzuthun, daß die erhobene Beschuldigung für eine zur Ein-

Digitized by Google

des Strafrichters abzuwarten, Hfd. v. 6. März 1821 Nr. 1743. Aus dieser Anordnung folgt, daß der Zivilrichter an das Urtheil des Strafrichters gebunden ist, nicht bloß soweit die Entscheidung ziviler Rechtsfragen von dem Spruche des Strafrichters abhängt (Präjudizialverhältniß), sondern auch, wenn der Beweis oder die Zurechnung des Deliktes für den Zivilrechtsstreit von Bedeutung ist.

Das summarische Besitzstörungsverfahren ist bei Hervortreten von Anzeigen einer strafbaren Handlung nicht auszusetzen, §. 19 Besitz-V. — Prozesse zur Anfechtung solcher Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner, welche strafgesetzwidrig erscheinen, sind vom Zivilrichter nur dann auszusetzen, wenn die strafgerichtliche Untersuchung bereits anhängig ist, und die zivilgerichtliche Entscheidung von dem Ausspruch des Strafgerichtes über die Schuld des Anfechtungsgegners abhängt, §. 50, G. v. 16. März 1884 R. 36.

Der Strafrichter kann bei Verhandlungen wegen unredlichen Vorganges bei Kreditgeschäften vom Zivilrichter jederzeit die Sistirung des die fragliche Forderung betreffenden Verfahrens fordern, §. 11, G. v. 28. Mai 1881 R. 47.

§. 18.

Die Einflußnahme der Verwaltungsbehörden auf Zivilrechtssachen.

I. Alle Rechtssachen, für welche sich die Zuständigkeit der Gerichte nicht begründen läßt, fallen den Verwaltungsbehörden zu. In einzelnen mehr oder minder zweifelhaften Fällen wurden die Verwaltungsbehörden ausdrücklich für zuständig erklärt.[1])

---

leitung der Untersuchung hinreichende Anzeige zu halten sei; Ent. des O. G. H. v. 30. März 1883, Spruchpr. 1, 111.

[1]) Vergl. die Zus. zu §. 1 der J. N. in Gellers Ausgabe der österr. Justizgesetze. — Kißling: Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof S. 14.

Digitized by Google

Die rechtskräftige Entscheidung der Zivilgerichte über einen vor die Verwaltungsbehörden gehörigen Gegenstand ist derzeit für die Parteien giltig: es ist Sache der Verwaltungsbehörden, einen solchen Übergriff rechtzeitig zu hindern (s. §. 19). Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über Zivilrechtssachen sind für den Gerichtsbereich ungiltig (vgl. Art. 15 des Staats-G. G. über die richterliche Gewalt).

II. Nur in vereinzelten Fällen ist die Entscheidung der einen Behörde von der Vorentscheidung der anderen Behörde gesetzlich bedingt:[2]) der Regel nach ist also die Thätigkeit des einen Staatsorganes von jener des anderen unabhängig.

Demnach hat der Zivilrichter, wenn für seine Entscheidung ein nach einer Norm des öffentlichen Rechtes zu beurtheilendes Rechtsverhältniß maßgebend ist, diese Präjudizialfrage selbst zu entscheiden. Hat aber die Verwaltungsbehörde die Vorfrage bereits entschieden, ist also das Erkenntniß derselben thatsächliche Grundlage einer Zivilstreitsache, so ist die Entscheidung des Richters auf die allein noch offene Zivilrechtsfrage beschränkt; zu einer Überprüfung der Verwaltungsentscheidung ist er nicht berechtigt.[3])

III. Manches, was der Justiz angehört, ist der Verwaltung verblieben, bez. zugewiesen. Die Verwaltungsbehörden entscheiden über Ersatzansprüche aus Wald- und Feldfreveln (Forstg. v. 3. Dez. 1852 R. 250 und V. v. 30. Jänner 1860 R. 28), und aus Wild-

[2]) Die Verwaltungsbehörde hat die Entscheidung des Gerichtes über streitige Fragen des Zivilrechtes abzuwarten, wenn davon der Adel (Hfkd. 2. Novbr. 1827 Nr. 2316) oder das Heimatsrecht (§. 37, G. v. 3. Dec. 1863 R. 105) bedingt ist; — das Gericht hat über den von der Gemeinde wegen Vernachlässigung der Ortspolizei zu leistenden Ersatz erst zu erkennen, wenn die Ersatzpflicht verwaltungsbehördlich festgestellt ist (§. 37 der Gemeindeordnung f. Böhmen).

[3]) Anders Prazák, Spory §. 19, gestützt auf Art. 6 des Staats-G. G. über die richterliche Gewalt. Vergl. die Entscheidungen in dem Besitzstörungsstreit der Stadtgemeinde. Wien gegen die dortige Tramwaygesellschaft in den Jur. Bl. 1885: 15.

Digitized by Google

schäden (V. v. 14. Juli 1859 R. 128);[4]) — über die Giltigkeit und das Erlöschen von Industrieprivilegien (Pat. v. 15. August 1852 R. 184, §. 42); — in allen Angelegenheiten, welche sich auf die Benützung, Leitung und Abwehr der Gewässer nach dem Wasserrechte beziehen, §. 75 der Landeswasserrechte;[5]) — über Streitigkeiten wegen gestörten Besitzes von Wasserwerken (V. v. 7. Juli 1860 R. 172).

Die Verwaltungsbehörden entscheiden über Streitigkeiten aus dem Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisse zwischen a) Dienstgebern und Dienstboten, b) Gewerbsleuten oder Fabriksinhabern und ihren Gesellen, Lehrjungen und anderen Hilfsarbeitern, V. v. 7. Dezember 1856 R. 224, ferner den Hilfsarbeitern[6]) untereinander, § 87 c. des G. v. 8. März 1885 R. 22, c) Land- und Forstwirthen und ihren land- und forstwirthschaftlichen Hilfsarbeitern und Taglöhnern, V. v. 15. März 1860, R. 73,[7]) wenn die Streitigkeiten aus dem Dienst- und Lehrverhältnisse oder dem Lohnvertrage abgeleitet, und während des Bestandes dieses Verhältnisses oder vor Ablauf von 30 Tagen nach Auflösung desselben angebracht werden. Ausgeschlossen werden die Verwaltungsbehörden durch die Gewerbegerichte (s. §. 62), durch die nach der Gewerbegesetznovelle vom 15. März 1883, R. 39 geschaffenen schiedsgerichtlichen Ausschüsse der Gewerbegenossenschaften, bez. durch die nach §. 87 des G. v. 8. März 1885 R. 22 zu schaffenden schiedsrichterlichen Kollegien zur Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisse

[4]) Das Gericht ist zuständig, wenn sich die Klage auf die Behauptung stützt, daß der Belangte die Zahlung des verursachten Wildschadens zugesichert habe; Ent. des O. G. G. vom 3. Juni 1885, Ger. Zt. 1885: 69.

[5]) Geller, Justizg. Anhang III. B. zum b. G. B.

[6]) Hilfsarbeiter sind: die Gehilfen, (Handlungsgehilfen, Gesellen, Kellner, Kutscher bei Fuhrgewerben u. dergl.), die Fabriksarbeiter, Lehrlinge nnd jene Personen, welche zu untergeordneten Hilfsdiensten beim Gewerbe verwendet werden, §. 73 des G. v. 8. März 1885 R. 22.

[7]) Nicht auch die Dienststreitigkeit mit land- und forstwirthschaftlichen Privatbeamten, Frühwald, Ziviljustizgesetzgebung 2, Nr. 75.

Digitized by Google

für solche Gewerbsunternehmungen, welche einer Genossenschaft nicht angehören.

Die Verwaltungsbehörden entscheiden weiter über Privatrechtssachen auf dem weiten Felde ihrer rechtsgeschäftlichen Thätigkeit.

In allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde „über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen" — richtiger über privatrechtliche Ansprüche[8]) zu entscheiden berufen ist, steht dem durch die Verwaltungsentscheidung in seinem Privatrechte Benachtheiligten frei, Abhilfe gegen die andere Partei (auch gegen den Fiskus) im ordentlichen Rechtswege zu suchen, Art. 15 des St. G. G. über die richterliche Gewalt, u. z. mittelst Klage auf Aufhebung der Verwaltungsentscheidung und Kondemnation, ev. auf klageweise Geltendmachung des von der Verwaltungsbehörde anerkannten Rechtes. Diese Klage fordert nicht die Erschöpfung des administrativen Rechtszuges; sie ist an keine Frist gebunden, und suspendirt den Vollzug der Verwaltungsentscheidung nicht.[9])

IV. Verfügungen und Entscheidungen der Verwaltungsbehörden im Bereiche des öffentlichen Rechtes unterliegen auch dann, wenn eine Privatperson in ihren Vermögensrechten sich verletzt erachtet, nicht der Kontrole der Zivilgerichte. Vorbehalten ist nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges eine Beschwerde bei den Verwaltungsgerichten, u. z. bei dem Verwaltungsgerichtshofe, wenn Jemand durch die Organe der Staats-, Landes-, Bezirks- oder Gemeindeverwaltung in seinen Vermögens- oder genossenschaftlichen Rechten sich verletzt erachtet durch eine nicht nach freiem Ermessen, sondern nach einer Rechtsnorm zu schöpfenden Verfügung, G. v. 22. Oktober 1875 R. 36 ai. 1876, — bei dem Reichsgerichte im Falle einer Verletzung der den Staatsbürgern durch die Verfassung gewährleisteten Rechte, Art. 3 b des St. G. G. über das Reichsgericht.

---

[8]) Dr. K. L. in der Ger. Z. 1872, S. 247.

[9]) Pražák: Spory 138 fordert zu dem bezog. Art. 15 ein Ausführungsgesetz.

Digitized by Google

§ 19.

Kompetenzkonflikte der Zivilgerichte mit anderen Behörden.

I. Ein Kompetenzkonflikt liegt vor, wenn von den denkbar kompetenten Organen mehre die Zuständigkeit in derselben Sache in Anspruch nehmen (bejahender Kompetenzkonflikt), oder wenn jedes dieser Organe die Zuständigkeit in derselben Rechtssache ablehnt (verneinender Kompetenzkonflikt).

Ein solcher Konflikt ergibt sich nicht zwischen Zivil- und Strafgerichten, u. z. ein bejahender Konflikt nicht, weil der Zivilrichter dem Strafrichter weicht, — ein verneinender nicht, weil der Zivilrichter einschreiten muß, wenn der Staatsanwalt die Anzeige zurücklegt, oder das Strafverfahren eingestellt wird, oder das durchgeführte Verfahren die Zivilsache nicht erledigt.

Kompetenzkonflikte entstehen zwischen den Zivilgerichten und den Verwaltungsbehörden, dann zwischen den Zivilgerichten und dem Verwaltungsgerichtshofe.

II. Zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Zivilgerichten und den Verwaltungsbehörden ist berufen das Reichsgericht, Art. 2 des St. G. G. über das Reichsgericht, und G. v. 18. April 1869 R. 44.[1])

1. Ein bejahender Kompetenzkonflikt entsteht, wenn die Verwaltungsbehörde die Zuständigkeit in einer, bei einem Gerichte erster oder höherer Instanz anhängigen Sache in Anspruch nimmt, und das verhandelnde Gericht sich zum Aufgeben der Sache nicht bestimmt findet. Bei Gericht anhängig erscheint die Sache für die Verwaltungsbehörde, sobald sie bei Gericht angebracht und nicht wegen Inkompetenz abgewiesen ist.

Der Antrag auf Entscheidung des Kompetenzkonfliktes kann bei dem Reichsgerichte nur von einer Landesverwaltungs- oder einer höheren Administrativbehörde gestellt werden. Der Antrag ist durch das vorgesetzte Ministerium, und nur, wenn er von einem

[1]) Pražák: Spory o příslušnosti §. 5 f.

Digitized by Google

Landesausschusse gestellt wird, von diesem unmittelbar dem Reichsgerichte vorzulegen.

Der Antrag muß den Nachweis enthalten, daß die Verwaltungsbehörde die Kompetenz in einer bei Gericht anhängigen Sache in Anspruch genommen habe, daß zu dieser Zeit ein Spruch des Gerichtes in der Hauptsache noch nicht in Rechtskraft erwachsen war, und daß der Antrag beim Reichsgerichte binnen 60 Tagen von der Zeit der Inanspruchnahme der Kompetenz gegenüber dem Zivilgerichte überreicht wurde.

Von der Überreichung des Antrages hat die Verwaltungsbehörde unter Nachweisung dieses Umstandes das Zivilgericht zu benachrichtigen: dieses hat die Parteien in Kenntniß zu setzen und das weitere Verfahren einzustellen. Vorbehalten bleibt dem Gerichte die Bewilligung einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß, die Erlassung provisorischer Verfügungen, und die Bewilligung einer Exekution zur Sicherstellung oder gegen Sicherheitsleistung auf Grund eines „schon vor Erhebung des Kompetenzkonfliktes" (d. i. vor Einbringung des Antrages bei dem Reichsgerichte) ergangenen Urtheiles.

2. Ein verneinender Konflikt liegt vor, wenn Gericht und Verwaltungsbehörde die Zuständigkeit ablehnen, die Partei also beiderseits, aber nicht nothwendig in höchster Instanz, abgewiesen ist. Der beschwerten Partei ist vorbehalten, einen mit den Gründen und den nöthigen Behelfen versehenen und von einem Advokaten mitgefertigten Antrag beim Reichsgerichte einzubringen. Der Antrag ist an keine Zeit gebunden; er bezielt eine Entscheidung darüber, welches Organ die staatliche Hilfe in dieser Sache zu gewähren berufen ist, erscheint also nicht als gehörige Fortsetzung der vorher bei dem Zivilgerichte anhängig gemachten Klage, ist daher auch nicht geeignet, den Ablauf der Verjährung auszuschließen.

Das Reichsgericht entscheidet in nicht öffentlicher Sitzung über seine Kompetenz, die Rechtzeitigkeit und die formellen Er-

Digitized by Google

forderniſſe des Antrages. Wird der Antrag nicht wegen eines diesfälligen Mangels abgewieſen, ſo folgt eine öffentliche mündliche Verhandlung, u. z. auch bei Ausbleiben der geladenen Parteien. Das Reichsgericht entſcheidet lediglich über die Zuſtändigkeit. Den Parteien bleibt vorbehalten, dieſe Entſcheidung im weiteren Verfahren bei Gericht, oder bei der Verwaltungsbehörde zur Geltung zu bringen. Die vom Reichsgerichte als zuſtändig erkannte Behörde darf die Entſcheidung der Sache wegen Inkompetenz nicht mehr ablehnen.

Durch das G. vom 18. April 1869 R. 44 iſt das Hfd. v. 23. Juni 1820 N. 1669, nach welchem bei Kompetenzzweifeln das Obergericht im Einvernehmen mit der Oberadminiſtrativbehörde, und ev. der oberſte Gerichtshof in einem aus Richtern und Verwaltungsbeamten höchſter Inſtanz gebildeten Senat zu entſcheiden hatte, aufgehoben worden; es haben alſo die Gerichte derzeit über ihre Zuſtändigkeit ohne Einvernehmen der Verwaltungsbehörden zu entſcheiden, oder dieſelben lediglich zur Aufklärung zu hören.[2])

Ausgeſchloſſen iſt mit dem Geſetze vom 18. April 1869 auch die im §. 48 J. N. angeordnete Kaſſation rechtskräftiger gerichtlicher Entſcheidungen in Verwaltungsſachen über Antrag der Verwaltungsbehörde, weil nach §. 12 des Geſetzes vom 18. April 1869 die Berechtigung der Verwaltungsbehörde zur Inanſpruchnahme der Kompetenz durch die Rechtskraft des Richterſpruches ausgeſchloſſen wird.

III. Zwiſchen den Zivilgerichten und dem Verwaltungsgerichtshofe kann ein Kompetenzkonflikt entſtehen bezüglich der im Art. 15 des Staats-G. G. über die richterliche Gewalt feſtgeſtellten gerichtlichen Kontrole der Verwaltungsentſcheidungen. Die Entſcheidung ſolcher Konflikte iſt gleichfalls dem Reichsgerichte zugewieſen, G. v. 22. Okt. 1875 R. 37 ai. 1876. Berechtigt zum

[2]) Ent. v. 11. Juli 1872 und v. 27. September 1872, Sp. R. 2 und 21.

Digitized by Google

Antrage ist bei affirmativem Konflikte die oberste Verwaltungsbehörde, bei negativem Konflikte die betheiligte Partei, deren Antrag rechtsfreundlicher Fertigung bedarf.

II. Abschnitt.

Die sachliche und örtliche Kompetenz der Zivilgerichte.*)

§. 20.

Allgemeines.

Maßgebend für die Gerichtszuständigkeit ist, neben Einzelnbestimmungen, die Jurisdiktionsnorm vom 20. November 1852 R. 251[1]) (für Dalmatien R. 261).

1. Jurisdiktion und Kompetenz.

Jurisdiktion, Gerichtsbarkeit, ist das Recht zu richterlicher Thätigkeit. Sie ist gesetzlich von dem Landesherrn auf die Gerichte übertragen; die Gerichte haben also eine abgeleitete, daher im Namen des Kaisers auszuübende Gerichtsbarkeit. — Kompetenz, Zuständigkeit, ist die Befugniß eines Gerichtes zur Verhandlung und Entscheidung einer bestimmten Rechtssache.

Die Begründung der Kompetenz erfordert: 1. daß das Gericht für Rechtssachen dieser Art zuständig sei (sachliche Zuständigkeit), und 2. daß die Rechtssache zu dem Sprengel dieses Gerichtes in einer solchen Beziehung stehe, zu Folge welcher eben dieses Gericht zur Amtshandlung berufen erscheint (örtliche Zuständigkeit).

Die Kompetenz ist eine gesetzlich, oder eine richterlich, oder eine durch Vereinbarung bestimmte, je nachdem sie schlechthin auf dem Gesetze, oder auf einer gerichtlichen Anordnung, oder auf der Vereinbarung der Parteien beruht. Die gesetzliche Zuständigkeit ist eine gemeine oder eine privilegirte, je nachdem die

*) Haimerl: Darstellung der neuesten Kompetenzvorschriften, 1856.

[1]) Auf diese J. N. wird in diesem Abschnitt ohne Zusatz Bezug genommen.

Digitized by Google

Zuweisung einer Person oder einer Sache zu einem Gerichte auf einer gesetzlichen Regel, oder einer Ausnahmsvorschrift (z. B. §. 14 b und c,) beruht; — sie ist eine ausschließliche, wenn die Rechtssache einem bestimmten Gerichte, oder den Gerichten einer bestimmten Kategorie nicht entzogen werden soll.[2])

2. Feststellung, Dauer und Umfang der Kompetenz.

Das Gericht hat bei Beginn eines Geschäftes seine Zuständigkeit in sachlicher und örtlicher Beziehung zu prüfen. Es hat in Streitsachen die Einleitung des rechtlichen Verfahrens zu verweigern und die Eingabe der Partei zurückzuweisen, wenn die Angaben der Partei für die Begründung der Zuständigkeit nicht ausreichen, oder dem Gericht als unrichtig genau bekannt sind, §. 1 und 2.

Hat das Gericht eine Eingabe in Streitsachen angenommen und sich hiermit für zuständig erklärt, so ist es dem Gegner überlassen, die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes anzubringen, §. 2. Diese Einwendung ist einer Klage in der von der Prozeßordnung bestimmten Frist, einem Gesuche, welches der Klage vorausgeht und nicht sofort eine Klage zur Folge hat, vor jedem einen Verzicht auf diese Einwendung begreifenden Prozeßakt entgegenzusetzen, widrigens Präklusion eintritt, und die Inkompetenz im weiteren Laufe des Verfahrens nur in Ausnahmsfällen ausgesprochen werden kann, §. 48. Ist die Inkompetenz aus der Eingabe ersichtlich, so kann sich der Gegner die Einwendung der Inkompetenz ersparen und durch Rekurs gegen den Bescheid, mit welchem die Eingabe vom Gerichte angenommen wurde, Abhilfe suchen.

Das Gericht, bei welchem eine Rechtsangelegenheit rechtmäßiger Weise anhängig gemacht wurde, bleibt bis zu deren Beendigung zuständig, wenn auch während der Verhandlung

[2]) Vgl. z. B. §§. 38 und 39.

Digitized by Google

die Betheiligten (durch Änderung des Domizils, Erwerb eines Landtafelgutes u. s. w.) unter eine andere Gerichtsbarkeit gekommen wären, §. 6. Wird durch die Verhandlung das Gericht sachlich unzuständig, so ist, bei Abgang freiwilliger Unterwerfung, §. 47, die Rechtsangelegenheit an das zuständige Gericht abzugeben, §. 15 lit. a.

Das Gericht, bei welchem die Rechtssache gesetzlich anhängig gemacht ist, ist für den ganzen Umfang der Rechtssache zuständig, also auch für die Verhandlung und Entscheidung der im Zuge des Verfahrens entstehenden Zwischenstreitigkeiten, und für die Zwangsvollstreckung, §. 69.

3. Begrenzung der Gerichtsbarkeit. Requisition.

Das Gericht darf Amtshandlungen nur in seinem Jurisdiktionsbezirke (Sprengel) vornehmen, §. 10. Ladungen, welche durch die Post erfolgen, sind für die außer dem Gerichtssprengel befindlichen Personen bindend.

Die im Gerichtssprengel befindlichen Personen und Sachen sind der Gerichtsgewalt unterstellt. Ausnahmen gelten a) für die der Realgerichtsbarkeit eines anderen Gerichtes zugewiesenen Immobilien; b) für die dem Obersthofmarschallamte unterstehenden, und für exterritoriale Personen.

Wenn in einer anhängigen Rechtssache einzelne Amtsverrichtungen vorkommen, welche außer dem Wirkungsbereiche des Prozeßgerichtes liegen, so hat dieses die zuständige Behörde um die Vornahme dieser Amtshandlungen zu ersuchen. In diesem Wege erwirkt das Prozeßgericht die Vornahme von Amtshandlungen, welche in einen anderen Gerichtssprengel, oder in den ausschließlichen Wirkungskreis der Tabular- oder Realgerichte, oder des Obersthofmarschallamtes fallen.

Dem Obersthofmarschallamte ist vorbehalten die Vornahme gerichtlicher Akte — einfache Zustellungen ausgenommen — in den kaiserlichen Hofgebäuden und Lustschlössern in Wien und

Digitized by Google

der Umgebung,[3]) und in den sonstigen Wohnungen der Mitglieder des kaiserlichen Hauses. An das Oberstthofmarschallamt haben sich die Gerichte auch zu wenden, wenn in dem Hause eines Exterritorialen gegen eine daselbst wohnende und den österr. Gerichten unterstehende Person gerichtliche Akte vorzunehmen sind, Art. 5 des K. M. P. zur J. N., und Hfd. v. 2. September 1839, Nr. 375, oder wenn es sich um eine Zustellung an Exterritoriale handelt, ausgenommen, wenn diese Zustellung deren Grundbesitz in Österreich betrifft und durch die Post zu einer Zeit ausgeführt wird, wo der diplomatische Vertreter sich nicht bei Hof befindet, V. v. 20. August 1856 Z. 18022.

Die Amtshandlungen im Jurisdiktionsbereiche hat das Prozeßgericht selbst vorzunehmen; doch ist es ihm auch gestattet, andere Gerichte um ihren Beistand anzugehen, wenn dadurch die zweckmäßige Behandlung der Sache erleichtert, oder unnützer Kostenaufwand vermieden werden kann. In solcher Weise vollziehen namentlich Gerichtshöfe einzelne Amtshandlungen durch die in ihrem Sprengel befindlichen Bezirksgerichte, §. 11 J. N.

4. Die Kompetenz der Oberlandesgerichte und des obersten Gerichtshofes.

Die Oberlandesgerichte und der oberste Gerichtshof sind Rechtsmittelinstanzen, und als solche zuständig für alle Rechtssachen, welche den ihnen untergeordneten Einzelgerichten und Gerichtshöfen zugewiesen sind, §. 93 J. N. Es ist daher im Folgenden nur die Kompetenz der Gerichte erster Instanz dargestellt.

Erste Instanz sind die Oberlandesgerichte: a) für die Syndikatsklagen. Es ist zuständig jenes Oberlandesgericht, in dessen Sprengel das Gericht seinen Sitz hat, von welchem, oder von dessen Bestellten die Rechtsverletzung ausgegangen ist. Wird der

[3]) Verzeichnet sind diese Gebäude im J. M. E. vom 1. Juli 1877, Z. 8754.

Digitized by Google

Ersatzanspruch aus einer Verfügung des Präsidenten oder dem Beschlusse desselben O. L. Gerichtes abgeleitet, welches nach der angeführten Bestimmung für die Klage zuständig ist, so hat der oberste Gerichtshof über Ansuchen einer der Parteien ein anderes O. L. G. zu delegiren, §. 8, G. v. 12. Juli 1872 R. 112; — b) für Disziplinarsachen richterlicher Beamten und Notare. Kompetent ist das O. L. G. für seine, und für die bei den Gerichten erster Instanz seines Sprengels angestellten richterlichen Beamten, §. 8, G. v. 21. Mai 1868 R. 46, und für die Notare, welche im Sprengel des O. L. Gerichtes den Amtssitz haben, §. 160 Not. O.

Der oberste Gerichtshof ist erste und letzte Instanz für Disziplinarsachen der bei demselben angestellten richterlichen Beamten, dann für die Präsidenten, Vizepräsidenten und Räthe der O. L. Gerichte, und für die Präsidenten und Vizepräsidenten der Gerichtshöfe erster Instanz, §. 8, G. v. 21. Mai 1868.

I. Gesetzlich bestimmte Zuständigkeit.

A. Die sachliche Kompetenz.

§. 21.

Die sachliche Kompetenz der ordentlichen Gerichte.

Den ordentlichen Gerichten ist zugewiesen die allgemeine Gerichtsbarkeit, und die besondere (Kausal-) Gerichtsbarkeit in Handels-, See- und Bergsachen.

I. Die allgemeine Gerichtsbarkeit.

α) Persönliche Gerichtsbarkeit.

Die allgemeine persönliche Gerichtsbarkeit ist unter die Kreisgerichte[1]) und die Bezirksgerichte verschieden vertheilt im weiteren und im engeren Sprengel des Kreisgerichtes.

---

[1]) Diese Bezeichnung umfaßt auch die Landesgerichte.

Digitized by Google

A. Der **weitere** Sprengel des Kreisgerichtes umfaßt die Sprengel mehrer gewöhnlichen Bezirksgerichte. In diesem weiteren Sprengel ist normal zuständig das Bezirksgericht. Dem Kreisgerichte sind **vorbehalten** im §. 14:

a) Rechtsangelegenheiten betreffend die Ungiltigkeit oder Auflösung einer Ehe, oder die nicht einverständliche Scheidung.

Die Gesuche um provisorische Anordnungen, nämlich um Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes, und um den Auftrag zur Entrichtung des anständigen Unterhaltes können auch bei dem persönlichen Gerichtsstande der Ehegatten angebracht werden;[2])

b) Klagen gegen den Fiskus, gegen weltliche und geistliche Gemeinden, Kirchen, Pfründen, Stiftungen und alle Anstalten zu öffentlichen Zwecken;

c) Klagen gegen Besitzer landtäflicher, oder vom Gemeindeverbande ausgeschiedener Güter.

In den im Bagatellverfahren zu verhandelnden Rechtsstreitigkeiten unterstehen die unter b und c Genannten den Bagatellgerichten, §. 1 Bag. V.;

d) Lehensstreitigkeiten;

e) Klagen in Fideikommißangelegenheiten.

B. Der **engere** Sprengel des Kreisgerichtes umfaßt den administrativ festgestellten Umfang der Stadt sammt Vorstädten des Standortes des Gerichtshofes erster Instanz, §. 12, V. v. 2. Okt. 1854 R. 253 und v. 23. Mai 1856 Z. 10218.

In diesem engeren Sprengel ist normal zuständig der Gerichtshof; den städt. delegirten Bezirksgerichten sind zugewiesen:

a) Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche geringeren Betrages, u. z.:

[2]) Die mit Pat. v. 8. Okt. 1856 R. 185 der katholischen Kirche eingeräumte Ehegerichtsbarkeit wurde mit G. v. 25. Mai 1868 R. 47 wieder zurückgenommen.

Digitized by Google

1. jene Streitigkeiten, welche sich zum Bagatellverfahren eignen. Diese sind im Allgemeinen Rechtssachen bis 50 fl., dann Klagen auf Anerkennung des Rechtes auf einen Fruchtgenuß oder zum Bezuge wiederkehrender Leistungen, wenn der Jahresbezug bei Leistungen auf immerwährende Zeiten 2 fl. 50 kr., bei solchen aber, welche auf die Lebenszeit einer Person eingeschränkt, oder sonst in ihrer Dauer ungewiß sind, 5 fl. nicht übersteigt. — Das Übereinkommen auf Bagatellverfahren begreift die Unterwerfung unter das Bagatellgericht, doch ist es nur für Ansprüche bis 500 fl. zugelassen. Die im §. 14 b und c J. N. Genannten unterstehen dem Bezirks- als Bagatellgerichte, §§. 1, 5, 7 Bag. V. und G. v. 1. März 1876 R. 23;

2. andere Streitigkeiten bis 500 fl., und Klagen auf Anerkennung des Rechtes auf einen Fruchtgenuß oder zum Bezuge wiederkehrender Leistungen, wenn der Jahresbezug mit der eben dargestellten Unterscheidung 25 fl., bez. 50 fl. nicht übersteigt, §. 15 a und b J. N. und 2 Pr. N.

Eine objektive Werthsermittlung des Streitgegenstandes behufs Feststellung der Kompetenz und der Verfahrensart hat nicht statt; es ist also die Kompetenz der Bagatellgerichte, bez. städt. deleg. Bezirksgerichte nur begründet, wenn die Streitsache eine bestimmte Geldsumme betrifft, oder aber, wenn der Kläger in der Klage an Stelle des anderen Klagegegenstandes einen die genannten Summen nicht übersteigenden Geldbetrag anzunehmen sich erbietet (einseitige fakultative Selbstschätzung). Die Schätzung des Klägers hat verschiedene rechtliche Bedeutung erlangt. Im Bag. V. ist der Beklagte berechtigt, durch den Erlag des Schätzungsbetrages und Ersatz der Prozeßkosten sich vom Rechtsstreite und der Leistung des Klagegegenstandes zu befreien, weil nach §. 1 Bag. V. der Schätzungsbetrag als Abfindungsbetrag gilt. In den nicht zum Bag. V. geeigneten Streitsachen hat die Praxis der Selbstschätzung des Klägers eine bloß prozessualische Bedeutung zuerkannt; die Weigerung des

Digitized by Google

Klägers, den offerirten Schätzungsbetrag anzunehmen, schließt lediglich die davon bedingte Kompetenz und Verfahrensart aus.[3])

Die Berechnung des für die Kompetenz des Bagatellgerichtes bez. städt. deleg. Bezirksgerichtes maßgebenden Betrages hat nach §. 15 lit. a J. N. zu erfolgen. Entscheidend ist das Klagebegehren, auch wenn der Kläger oder Beklagten mehre sind (subjektive Klagenhäufung), oder wenn derselbe Kläger wider denselben Beklagten mehre Ansprüche geltend macht (objektive Klagenhäufung). Außer Anschlag bleiben Zinsen und andere Nebengebühren.

Die Kompetenz ist begründet, wenn verfallene Beträge fortlaufender Zinsen oder Renten gefordert werden; wird aber von dem Beklagten das Zinsen- oder Rentenbezugsrecht bestritten, so entfällt die Kompetenz, und ist die gepflogene Verhandlung dem ohne Rücksicht auf den Betrag zuständigen Gerichte zur Fortsetzung derselben zu übermitteln. Eine solche Abtretung des Prozesses hat nicht zu erfolgen, wenn das nun streitige Zinsen- oder Rentenbezugsrecht an sich in den Kompetenzkreis des Bagatellgerichtes, oder des städt. deleg. Bezirksgerichtes fällt.

Ausgeschlossen ist die Kompetenz, wenn der Kläger einen Theil einer 50 fl. bez. 500 fl. übersteigenden Kapitalsschuld fordert. Das gilt nicht, wenn sich die Forderung des Klägers oder die Schuld des Beklagten auf einen Betrag bis 50 fl. bez. 500 fl. beschränkt, obwohl sie genetisch zu einem größeren Schuldverhältnisse in Beziehung steht, z. B. §§. 889, 896 b. G. B., bei vollständiger Assignation, bei Cession eines Theilbetrages mit Anerkennung der Liquidität, bei vom Kläger selbst ausgeführter Tilgung der Schuld bis 50 fl., bez. 500 fl.

---

[3]) Der O. G. H. hat in der Ent. v. 3. August 1881, Spruchpr. 1, 168 alternative Kondemnation ausgesprochen, weil der Beklagte in der ersten Verhandlungstagsatzung den Antrag des Klägers, einen Schätzungsbetrag anzunehmen, angenommen hatte.

Digitized by Google

Ausgeschlossen ist die Kompetenz, wenn der Überschuß (Saldo) gefordert wird, welcher sich aus der Vergleichung mehrer beiden Theilen zustehenden Forderungen ergeben soll. Das gilt nicht, wenn die Forderungen, von welchen der Überschuß begehrt wird, zusammen 50 fl. bez. 500 fl. nicht übersteigen.

Zu Folge des Zwangskurses versteht sich alle Schätzung in Bank-(Staats)-noten; ein Aufgeld ist nicht zu berechnen, wenn eine Zahlung in österr. Silbermünze eingeklagt wird. Klagen auf österr. Handelsmünze oder eine fremde Valuta sind wohl nicht auf ein gesetzliches Zahlungsmittel, aber doch auf eine Geldsumme gerichtet, deren Betrag sich von selbst nach dem Kurse bei Anbringung der Klage bestimmt.

b) Streitigkeiten, welche ihrer Beschaffenheit nach eine beschleunigte Verhandlung fordern. Diese sind:

1. die Streitigkeiten aus Bestandverträgen einschließlich die Kündigung, betreffend Immobilien und die diesen gesetzlich gleichgestellten Sachen, dann Schiffmühlen und andere auf Schiffen errichtete Bauwerke, welche im besonderen Best. V. zu verhandeln sind, K. V. v. 16. November 1858 R. 213;

2. Streitigkeiten zwischen dem Miether und Vermiether aus dem Miethverhältnisse über Mobilien §. 15 c;

3. Streitigkeiten aus dem kleineren Lohnvertrage, u. z. aus den Dienst- und Lohnverträgen α) zwischen Privatlehrern und β) Dienstboten und ihren Dienstgebern; γ) zwischen Gewerbsleuten und Werksbesitzern einerseits und ihren Gesellen, Lehrjungen und Arbeitern andererseits §. 15 d, — insoweit die unter β) und γ) genannten Streitigkeiten nicht den Verwaltungsbehörden, den Gewerbegerichten, oder den schiedsgerichtlichen Ausschüssen der Gewerbegenossenschaften bez. den nach §. 7 des G. v. 8. März 1885 R. 22 zu schaffenden schiedsrichterlichen Kollegien zufallen;

4. die Streitigkeiten zwischen Wirthen, Schiffern und Fuhrleuten einerseits und ihren Gästen, Reisenden und Aufgebern andererseits über die aus diesen ihren gegenseitigen Ver-

Digitized by Google

hältnissen entspringenden Verbindlichkeiten, sofern diese Rechtssachen nicht zur Handels- und Seegerichtsbarkeit fallen, §. 15 e;

5. die Streitigkeiten wegen Besitzstörung beweglicher und unbeweglicher Sachen, wenn sie summarisch, d. h. nach der K. V v. 27. Oktober 1849 R. 12 zu verhandeln sind.

c) Ohne Rücksicht auf den Betrag der Rechtssache.[4]

1. die im §. 37 bezeichneten Streitigkeiten in Verlassenschaftsangelegenheiten, wenn das städt. deleg. Bezirksgericht-Abhandlungsinstanz ist, §. 12;

2. die Bewilligung von Arrest, Verbot, provisorischer Sequestration oder anderen mittlerweiligen Vorkehrungen §. 46 J. N.. und nach Lage der Verhältnisse die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse, und die Feststellung der für eine Todeserklärung oder den Beweis des erfolgten Todes relevanten Umstände, G. v. 16. Feber 1883 R. 20; nach Wahl des Einschreiters.

3. die Verhandlung über die Oppositionsklage, und auch über die Entpfändungsklage, wenn das städt. deleg. Bezirksgericht Exekutionsgericht ist, §§. 71, 72;

d) die Erlassung bedingter Zahlungsbefehle im Mahnverfahren, §. 2, G. v. 27. April 1873, R. 67.

Den Bezirksgerichten an der unteren Elbe[4]) ist die sog Elbezollgerichtsbarkeit zugewiesen (Hfd. v. 2. Dez. 1845 Nr. 912, V. v. 20. Juli 1850 R. 143, E. v. 9. Aug. 1868 Z. 9132). Sie entscheiden unter Ausschluß des privilegirten Gerichtsstandes alle Streitigkeiten, welche aus der Schiffahrt und Flößerei auf der Elbe entstehen.[5])

Die städtisch delegirten Bezirksgerichte im Standorte der Kreisgerichte[6]) haben mit Bedacht auf das Interesse der Be-

[4]) Den Bezirksgerichten zu Melnik, Raudnitz, Leitmeritz, Lobositz, Aussig und Tetschen.

[5]) Dokupil: die Elbezollgerichtsbarkeit 1860. — Kaserer: Justizverwaltung 1, 125.

[6]) Nicht auch der Landesgerichte.

Digitized by Google

wohner der angrenzenden Ortschaften einen **Landbezirk** zugewiesen, in welchem ihnen die Kompetenz eines gewöhnlichen **Bezirksgerichtes** zukommt.

β) Dingliche Gerichtsbarkeit.

Die allgemeine Gerichtsbarkeit begreift auch die dingliche, d. i. jene Gerichtsbarkeit, welche sich auf Grundstücke bezieht.

Nach der J. N. theilt sich die dingliche Gerichtsbarkeit in

a) Tabulargerichtsbarkeit. Diese umfaßt: Die Führung der öffentlichen Bücher über Immobilien, die Entscheidung über die Gesuche um Einverleibung, Vormerkung oder Löschung dinglicher Rechte, um Erstreckung der Frist für die Vormerkungsrechtfertigungsklage, sowie alle übrigen auf die Bücher sich beziehenden Amtshandlungen, §. 49 J. N., insbesondere die Amortisirung alter Hypothekarforderungen, §§. 118—121 Gb. O., und das Verfahren betreffend die Anlegung, Ergänzung, Wiederherstellung oder Änderung von Grundbüchern, G. v. 25. Juli 1871 R. 96.

b) Realgerichtsbarkeit. Diese umfaßt: α) die Realakte, nämlich die Inventur, Schätzung, Einführung des Sequesters, die Feilbietung, die Austragung des Vorzugrechtes zwischen Hypothekargläubigern, und die Vertheilung des bei der exekutiven Feilbietung erzielten Kaufpreises, §. 51, — β) die Zuständigkeit für die in den §§. 52 und 53 genannten Klagen.

Zugetheilt wurde für **nicht land-** (**lehen-**) **täfliche Güter** die Real- und Tabulargerichtsbarkeit zugleich, 1. dem Gerichtshofe erster Instanz in Ansehung jener Immobilien, welche im Umkreise des Standortes dieses Gerichtshofes liegen, 2. den Bezirksgerichten in Ansehung aller übrigen unbeweglichen Güter, welche ganz oder ihren Hauptbestandtheilen nach im Sprengel des Bezirksgerichtes gelegen sind. Städtisch-delegirte Bezirksgerichte haben also eine dingliche Gerichtsbarkeit nur in dem ihnen zugetheilten Landbezirke.

Für **Land-** (**Lehen-**) **Tafelgüter** hat die J. N. die Tabulargerichtsbarkeit dem Gerichtshofe erster Instanz des Ortes (der

Digitized by Google

Hauptstadt), wo die Land- (Lehen-) Tafel sich befand und ungetheilt fortzuführen war, — die Realgerichtsbarkeit aber jenem Gerichtshofe erster Instanz zugewiesen, in dessen Sprengel das Gut ganz oder den Hauptbestandtheilen nach liegt, §§. 49, 50.[7]) Da jedoch die Theilung der Tubular- und Realgerichtsbarkeit Schwierigkeiten ergab, wurde mit M. V. vom 17. März 1860, R. 67 für Böhmen, Mähren und Schlesien, Ober- und Niederösterreich, Steiermark, Kärnthen und Krain dem zur Führung der Land- (Lehen-) Tafel bestellten Gerichtshofe auch die Realgerichtsbarkeit zugewiesen.

In Ansehung der Bergwerke und deren Zugehör steht die dingliche Gerichtsbarkeit den zur Ausübung der Berggerichtsbarkeit berufenen Gerichtshöfen erster Instanz je für ihren Sprengel zu, §. 66.

Neben den Landtafeln und den Stadt-, Grund- und Bergbüchern bestehen nun noch Eisenbahnbücher. Es gebietet das G. v. 19. Mai 1874 R. 70 für Eisenbahnen, welche dem öffentlichen Verkehre dienen, die Anlegung und Führung des Eisenbahnbuches. Berufen ist dazu 1. für Bahnen, welche die Grenze eines Landes nicht überschreiten, der Gerichtshof erster Instanz am Sitze der polit. Landesbehörde; 2. für Bahnen, welche durch mehr als ein Land geführt werden, jener Gerichtshof am Sitze der polit. Landesbehörde eines dieser Länder, bei welchem die Unternehmung um die Errichtung der Einlage einschreitet. — Zerfällt der Bahnbesitz derselben Unternehmung in mehre bücherliche Einheiten, so bestimmt das Handelsministerium

---

[7]) Die Hypothekenbücher über die minderen Standesherrschaften in Schlesien wurden zu Folge M. E. v. 9. Februar 1850 Z. 902 aus der mährischen Landtafel ausgeschieden, und den Bezirksgerichten in Teschen, Troppau und Jauernig zugewiesen. In Ausführung der J. N. vom 20. November 1852 hat aber das Kreisgericht in Teschen von dem Bezirksgerichte daselbst, und das Landesgericht in Troppau von den Bezirksgerichten in Troppau und Jauernig die landtäfliche Tabulargerichtsbarkeit übernommen.

Digitized by Google

jenen Gerichtshof, bei welchem die Einlagen für alle bücherlichen Einheiten zu errichten und zu führen sind, §. 10 cit.

Dieser Gerichtshof ist sohin auch Realinstanz a) in allen Angelegenheiten, welche sich auf die bücherliche Einlage im Ganzen beziehen, vom Tage der Eröffnung der vorläufigen Einlage dafür; b) in Angelegenheiten, welche sich nur auf einzelne Eisenbahngrundstücke beziehen, vom Tage, an welchem diese in die Einlage aufgenommen wurden, §. 11 cit.

Die Errichtung der vorläufigen Einlage bewilligt der zur Führung des Buches berufene Gerichtshof, §. 12 fol. cit. Definitiv wird die Einlage erst nach Ermittlung der einzelnen Grundstücke, welche zur Einlage gehören, und Extabulation derselben aus jenem Buche, in welchem sie bisher ihre Einlage hatten. Diese Ermittlung und Extabulation vollzieht das Bezirksgericht, in dessen Sprengel die Grundstücke gelegen sind, §. 18 cit.

Die bücherliche Einlage im Eisenbahnbuche dient zur Ersichtlichmachung des Besitzstandes (bis zur Auflassung der Bahn), und zur Verbücherung α) des Lastenstandes der Einlage als ein Ganzes, β) der Lasten der einzelnen Grundstücke und des Eigenthumes, bez. Miteigenthumes daran, §§. 8 und 45 cit.

II. Die Handelsgerichtsbarkeit.

Die Handelsgerichtsbarkeit umfaßt die Handelssachen im prozessualischen Sinne. Solche Handelssachen sind:

1. die Streitigkeiten aus Wechselgeschäften, §. 57 cit., richtig nur jene Klagen, mit welchen ein direktes Wechselrecht, oder ein Wechselregreßrecht geltend gemacht wird;

2. die Streitigkeiten aus den objektiven Handelsgeschäften des Art. 271 des H. G. B., wenn das Geschäft auf Seite des Beklagten ein Handelsgeschäft ist, §. 38, Z. 1 des Einf. G. zum H. G. B. Als objektive Handelsgeschäfte gelten auch die Börsegeschäfte, d. i. jene Geschäfte, welche im öffentlichen Börselokale, in der festgesetzten Börsezeit, über zum Börseverkehr zugelassene Gegenstände

Digitized by Google

abgeschlossen werden; sie gehören zur Handelsgerichtsbarkeit, wenn sie nicht nach dem Börsestatut durch das Börseschiedsgericht auszutragen sind, §§. 6, 12, 14, G. v. 1. April 1875 R. 67;

3. Streitigkeiten aus den gewerblichen Handelsgeschäften der Art. 272 und 273 des H. G. B., wenn geklagt wird eine Handelsgesellschaft im Sinne des II. Buches des H. G. B., oder ein Kaufmann, dessen Firma registrirt ist, §. 38, Z. 2 Einf. G. z. H. G. B.;

4. ohne Rücksicht auf die Eigenschaft der streitführenden Theile die Streitigkeiten

a) aus der Veräußerung eines bestehenden Handelsgewerbes zwischen den Kontrahenten;

b) betreffend das Recht zum Gebrauche einer Firma, und wegen widerrechtlichen Gebrauches einer Firma;

c) der Parteien mit Handelsmäklern, Wägern, Messern und anderen zu Hilfsverrichtungen im Handelsverkehre bestellten Personen aus den bezeichneten Berufsgeschäften;

d) aus den Rechtsverhältnissen der Kaufleute mit ihren Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Handlungsgehilfen und anderen in ihrem Gewerbe nicht bloß zu Gesindediensten Angestellten, sofern diese Streitigkeiten nicht im außergerichtlichen Wege abzuthun sind: ferner Streitigkeiten aus Rechtsverhältnissen der genannten Personen zu Dritten, welchen sie sich im Gewerbe des Prinzipals verantwortlich gemacht haben (Art. 55 und 59 H. G. B.);

e) aus den Rechtsverhältnissen der Handelsgesellschafter zu einander, der Vorsteher und Liquidatoren einer Gesellschaft zu einander und zu den Gesellschaftern; der stillen Gesellschafter zu dem Inhaber des Handelsgewerbes; der Theilnehmer an einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften, endlich der Theilnehmer an einer Kleinhandelsgesellschaft, §. 39 Einf. G. zum H. G. B.

5. Klagen auf Ersatzleistung für die durch Ereignungen auf den mit Dampfkraft betriebenen Eisenbahnen herbeigeführten körper-

Digitized by Google

lichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen, §. 3, G. v. 5. März 1869 R. 27.

Handelsgerichtsbarkeit üben die Gerichtshöfe erster Inst., die Bezirksgerichte und die Handelsbagatellgerichte. Im weiteren Sprengel des Gerichtshofes erster Inst. gehören Handelsbagatellsachen zum Bezirks- als Bagatellgerichte, andere Handelssachen können bei dem zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmten Gerichtshofe oder bei dem Bezirksgerichte angebracht werden; nur die Streitigkeiten aus Wechselgeschäften und aus den bezeichneten Ereignungen auf Eisenbahnen sind dem Gerichtshofe erster Instanz vorbehalten. — Im engeren Sprengel des Gerichtshofes gehören die Handelssachen vor den Handelssenat des Gerichtshofes, in Wien, Triest und Prag aber vor das Handelsgericht. Jene Handelssachen, welche sich zum Bagatellverfahren eignen, gehören auch im Standorte des Gerichtshofes vor die städt. deleg. Bezirksgerichte, in den Städten mit besonderen Handelsgerichten aber vor die Handelsbagatellgerichte, §§. 2 und 3 Bag. V.

III. Die Seegerichtsbarkeit.

Die Seegerichtsbarkeit umgrenzt die J. N. in den §§. 61—63. Die Mehrzahl der da genannten Rechtsangelegenheiten erscheint nach dem Handelsgesetzbuche als Handelssache; die eigentliche Seegerichtsbarkeit bezieht sich daher auf jene Rechtssachen, welche nach Privatseerecht zu beurtheilen sind. Sachlich zuständig für Seesachen sind die zur Handelsgerichtsbarkeit berufenen Gerichtshöfe in Triest und in Dalmatien. An jenen Orten, wo sich ein solcher Gerichtshof nicht befindet, können Streitigkeiten, welche aus dem Dienstverhältnisse der Schiffsmannschaft, oder für Reisende aus Seefrachtgeschäften oder aus der Schiffsmiethe entspringen, auch bei dem Bezirksgerichte angebracht werden. Unter gleicher Voraussetzung ist das Bezirksgericht auch kompeten für die Seeverklarung.

Digitized by Google

IV. Die Berggerichtsbarkeit.

Die Berggerichtsbarkeit umfaßt die dingliche Gerichtsbarkeit für Bergwerke und deren Zugehör, und alle Rechtsſachen, welche nach Bergrecht zu beurtheilen ſind. Die Aufzählung im §. 65 wird durch das Berggeſetz genauer begrenzt.[8]) Verwaltet wird die Berggerichtsbarkeit von den dazu beſtimmten Gerichtshöfen erſter Inſt. für ihren und ev. auch für den Sprengel nachbarlicher Gerichtshöfe. Den Bezirksgerichten ſind zugewieſen die im ſummar. Beſitzſtörungsverfahren auszutragenden Streitigkeiten, ferner Streitigkeiten aus dem Dienſtvertrage zwiſchen Werkbeſitzern und Bergarbeitern, §§. 67 und 68.

§. 22.

Die ſachliche Kompetenz des Oberſthofmarſchallamtes und der Konſulargerichte.

Das Oberſthofmarſchallamt iſt Gerichtsbehörde für alle bloß perſönlichen Zivilrechtsangelegenheiten der Mitglieder des kaiſerlichen Hauſes und jener Perſonen, welche ihm durch kaiſ. Anordnung unterſtellt ſind, Art. 5 des K. M. P. zur J. N. und Hfd. v. 14. Juli 1815 Nr. 1159. In Rechtsſachen, welche zur dinglichen Gerichtsbarkeit, zur Berg- und Elbezollgerichtsbarkeit gehören, in Fideikommiß- und Lehensſachen und in jenen Rechtsſachen, für welche das ſumm. Beſitzſtörungs- und das Beſtandverfahren gilt, unterſtehen die genannten Perſonen den gewöhnlichen Gerichten. Perſonen, welchen die Exterritorialität zukommt, unterſtehen dem Oberſthofmarſchallamte nur, ſoweit ſie ſich dieſer Gerichtsbarkeit unterwerfen; in Betreff ihres Immobilar- und Bergbaubeſitzes in Öſterreich unterſtehen ſie den ordentlichen Zivilgerichten. Dem Oberſthofmarſchallamte iſt, wie ausgeführt, die Vornahme von Jurisdiktionsakten in den Wohnungen der Mitglieder des Kaiſerhauſes und der exterritorialen Perſonen vorbehalten.

---

[8]) Schneider: Die Berggerichtsbarkeit, Prag 1872.

Digitized by Google

Die Konsulargerichte üben Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten über österreichische Unterthanen und österr. Schutzgenossen, d. s. jene nicht osmanischen Unterthanen, welche, ohne der österr. Unterthanschaft anzugehören, im Grunde bestehender Staatsverträge, oder nach der bisherigen Gepflogenheit den Schutz und die Vertretung durch die österr. Konsulate genießen.

Es üben die Gerichtsbarkeit im vollen Umfange die k. k. Agentien und die Generalkonsulate, bestimmte Vizekonsulate und Konsularagentien aber in Rechtssachen bis 500 fl. V. v. 31. März 1855 R. 58.

B. Die örtliche Kompetenz.

§. 23.

Allgemeines.

Da Gerichte mit gleicher sachlicher Kompetenz neben einander bestehen, muß bestimmt werden, welches Gericht gleicher Kategorie für eine konkrete Streitsache zuständig sein soll. Der Umstand, welcher eine einzelne Rechtssache mit einem Gerichtsbezirk und dadurch mit dem sachlich kompetenten Gerichte dieses Bezirkes in Verbindung bringt, heißt Kompetenzgrund.

Der Kompetenzgrund begründet für das Gericht die Zuständigkeit, d. i. Recht und Pflicht zur Amtshandlung, — für die Partei den Gerichtsstand (forum), d. i. das Recht, die Verhandlung bei einem anderen Gerichte abzulehnen.

Jede Person hat in einem bestimmten Gerichtsbezirke ihren allgemeinen Gerichtsstand (forum generale), bei welchem sie in allen nicht besonders ausgenommenen Rechtssachen zu belangen ist. Verlegt ist der allg. Gerichtsstand dahin, wo der Person die Abwehr prozessualischer Angriffe am leichtesten möglich ist, nämlich im allgemeinen zum Gericht des Wohnsitzes der Person. Ausnahmsweise dürfen Klagen einer gewissen Art, oder auch nur einzelne Klagen bei einem anderen Gerichte angebracht werden, bestehen also besondere Gerichtsstände (fora specialia). Sie

Digitized by Google

sind aufgestellt theils zu Gunsten des Klägers, welchem sie die Rechtsverfolgung erleichtern, theils mit Bedacht auf die Streitsache, deren Zusammenhang mit einem bestimmten Orte, oder mit anderen Rechtssachen die Verhandlung vor einem bestimmten Gerichte angemessen oder nothwendig erscheinen läßt, weil so die Rechtshilfe beschleunigt, die Beweisführung erleichtert, die richtige Würdigung der entscheidenden thatsächlichen und rechtlichen Momente gesichert wird.

In jenen Fällen, wo ein öffentliches Interesse auf die Aufstellung eines besonderen Gerichtsstandes Einfluß nimmt, ist der besondere Gerichtsstand forum necessarium, ausschließlicher Gerichtsstand (die Rechtssachen sind ihm durch die Ausdrücke müssen §§. 31, 37, sind §§. 35, 36, 38, gehören §. 39 zugewiesen): in anderen Fällen und insbesondere, soweit hiermit lediglich dem Kläger die Rechtsverfolgung erleichtert werden will, ist der besondere Gerichtsstand ein Wahlgerichtsstand (forum electivum), konkurrirt also mit dem forum generale (§§. 33, 34, 40, 43).

Als besonderen Gerichtsstand bezeichnet das Gesetz bald ein bestimmtes Gericht, oder das Gericht eines bestimmten Bezirkes, bald jenes Gericht, welchem der Beklagte in dieser Rechtsangelegenheit unterstehen würde, wenn er an einem bestimmten Orte seinen Wohnsitz hätte, z. B. §§. 34, 43, 45, 56.

Bei Konkurrenz von Gerichtsständen, also wenn für die Streitsache mehre Gerichte kompetent erscheinen, wird die Zuständigkeit begründet durch die Wahl des Klägers; die Wahl gilt als ausgeübt, sobald die Rechtssache bei einem Gerichte rechtswirksam anhängig gemacht ist.

Wird eine denselben Gegenstand betreffende Streitsache von derselben Partei, oder von den einander gegenüberstehenden Parteien bei verschiedenen an sich zuständigen Gerichten geltend gemacht, so entscheidet das Zuvorkommen für die Zuständigkeit: es ist dann jenes Gericht kompetent, bei welchem der Rechtsstreit zuerst anhängig gemacht wurde.

Digitized by Google

Die nun darzustellenden Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit gelten für Rechtssachen der allgemeinen und der besonderen (Handels-, See- und Berg-) Gerichtsbarkeit; sie gelten auch für die Konsulargerichte, §. 8 der M. V. v. 31. März 1855, R. 58.

§. 24.

1. Der allgemeine Gerichtsstand.

I. Den allgemeinen Gerichtsstand hat eine Person bei jenem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Wohnsitz hat. Für Streitsachen ist entscheidend das Domizil des Beklagten (actor forum rei sequitur) bei Anbringung (Überreichung) der Klage, §. 13.

Die Begründung des Wohnsitzes erfordert das Niederlassen in einem Orte mit dem animus sedem fixam habendi, welcher entweder erklärt, oder aus den Umständen erschlossen wird, §. 16. Verloren geht das Domizil durch Tod (doch §. 37) und Dereliktion (nicht bloß polizeiliche Abmeldung). Hat sich eine Person an mehren Orten niedergelassen, um sich abwechselnd da aufzuhalten, so hat sie ein mehrfaches Domizil, daher auch einen mehrfachen (nicht einen mit dem Aufenthalt wechselnden) allgemeinen Gerichtsstand. §/7

Ein gesetzlich bestimmtes Domizil (forum necessarium) haben a) die Mitglieder der Finanzwache im Standorte ihres Kompagniekommandos, Hfd. v. 28. Sept. 1842 Nr. 643; — b) die in aktiver Dienstleistung stehenden Personen des stehenden Heeres und der Kriegsmarine, und die bei der Militärverwaltung angestellten oder verwendeten, in aktiver Dienstleistung stehenden, zugleich den Militärstrafgerichten unterstellten Personen, in dem Orte ihrer Garnison. Sie gelten so lange als da domizilirend, bis sie bei Wechsel des Aufenthaltes in der neuen Garnison eingetroffen sind, §§. 10, 11, G. v. 20. Mai 1869 R. 78. Gleiches gilt für die Personen des Landwehrverbandes im Falle der auf Befehl des Kaisers erfolgten Mobilisirung, §. 12

Digitized by Google

der k. V. v. 8. Mai 1870 R. 72; — c) jene Österreicher, welche als österreichische Beamte im Auslande dienen: sie behalten den letzten allgemeinen Gerichtsstand im Inlande; wenn sich aber dieser nicht ermitteln läßt, haben sie ihren allgemeinen Gerichtsstand in Wien, §. 27. Analog behalten die ins Ausland befohlenen Militärpersonen den Gerichtsstand der letzten Garnison im Inlande.

Die Bestimmungen über forum necessarium haben keine Anwendung auf Personen, welche nach Zivilrecht einen selbstständigen Wohnsitz nicht begründen können und dem Gerichtsstand einer anderen Person folgen.[1])

Den Hof-, Staats-, Landes- und öffentlichen Fondsbeamten, welche im Inlande dienen, wird bei ihrer Anstellung ein Amtssitz bestimmt, welcher schlechthin für Disziplinar- und Syndikatssachen und für ihre Heimatsberechtigung (§. 10, G. v. 3. Dezember 1863 R. 105) entscheidend ist, aber mit ihrem Domizil nicht zusammenfällt, wenn sie ihren Dienstpflichten von einem anderen Orte nachkommen.[2])

II. Der allgemeine Gerichtsstand einer bestimmten Person ist zugleich allgemeiner Gerichtsstand für gewisse von ihr abhängige Personen (abgeleiteter Gerichtsstand). Es gilt der Gerichtsstand:

1. des Mannes für die Ehefrau. Bei gerichtlicher Scheidung und Auflösung der Ehe begründet die Frau, wenn sie volljährig ist, ein selbstständiges Domizil, §. 19;[3]) die minderjährige Witwe fällt in die väterliche Gewalt, §. 175 b. G. B., und hiermit auch zum Gerichtsstand des Vaters zurück;

---

[1]) Anders Schrutka, Prakt. Fragen 1884, S. 8.

[2]) Gegen Haimerl: Kompetenzvorschriften, S. 31, und Canstein: Lehrb. 1, S. 391 — Schrutka a. a. O., und Ullmann, in den Mittheilungen des deut. Juristen V. 1883, S. 150.

[3]) Der §. 19 J. N. ist analog anzuwenden, wenn der Mann die Frau verläßt und im Auslande einen Wohnsitz begründet.

Digitized by Google

2. des Vaters für die unter seiner väterlichen Gewalt stehenden ehelichen, legitimirten und adoptirten Kinder; sie behalten diesen Gerichtsstand auch nach dem Tode des Vaters, oder der Enthebung von der väterlichen Gewalt, bis sie die freie Verwaltung ihres Vermögens erlangt haben, §. 20;

3. der Mutter für uneheliche Kinder, auch nach dem Tode der Mutter bis zur Eigenberechtigung. Uneheliche und Findelkinder, welche von einer öffentlichen Anstalt versorgt werden, der zugleich die Vertretung zukommt, haben für die Dauer dieser Versorgung den Gerichtsstand der Anstalt, nachher den Gerichtsstand der Mutter, und wenn diese unbekannt ist, den ihres Aufenthaltes, §. 21 J. N. und M. E. v. 21. August 1856 R. 150;

4. des Dienstgebers für die mit ihm im gemeinschaftlichen Haushalt lebenden Dienstleute, wenn sie keinen andern abgeleiteten Gerichtsstand haben, also eigenberechtigt und unverheirathet, oder verwitwet sind, §. 22.

Der Gerichtsstand der Garnison erstreckt sich auf die Gattin, die unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder und die Dienstleute nur im Falle gemeinschaftlichen Haushaltes. Außer diesem Fall ist anzunehmen, daß diese Angehörigen einer Militärperson (zusammen) einen eigenen Wohnsitz haben, §. 10, G. v. 20. Mai 1869 R. 78.

III. Personen ohne Wohnsitz (im In- und Auslande — **homines vagi**) haben den allgemeinen Gerichtsstand im Orte des zeitweiligen Aufenthaltes, §. 18.

IV. Juristische Personen und Gesellschaften haben gleichfalls einen allgemeinen Gerichtsstand, u. zw.:

a) der Fiskus bei jenem Gerichte, in dessen Sprengel die zur Vertretung berufene Finanzprokuratur, bez. der Fiskalvertreter den Amtssitz hat, §. 23;

b) Gemeinden bei jenem Gerichte, in dessen Sprengel sich der Amtssitz des Gemeindevorstandes befindet, §. 24;

Digitized by Google

c) geistliche Gemeinden, Kirchen, Pfründen, Stiftungen und alle Anstalten zu öffentlichen Zwecken bei jenem Gerichte, in dessen Sprengel sich der Sitz der Verwaltung befindet, ausgenommen sie stehen in unmittelbarer Verwaltung des Staates oder einer Gemeinde, in welchem Falle sie dem Gerichtsstand des Staates bez. der Gemeinde folgen, §. 25;

d) Handelsgesellschaften, dann Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften bei jenem Gerichte, in dessen Bezirke sie ihren vertragsmäßig bestimmten Sitz haben, Art. 111, 164 und 213 H. G. B., §. 12 G. v. 9. April 1873 R. 70. Im Zweifel gilt als Sitz der Gesellschaft der Sitz der Verwaltung;

e) andere Vereine, Erwerbsgesellschaften, Korporationen bei jenem Gerichte, in dessen Sprengel sich die Geschäftsleitung befindet, §. 26.

Bestehen am Orte eines fingirten Domizils (letzte Garnison, letzter Gerichtsstand des im Auslande dienenden österr. Beamten u. s. w.) mehre Bezirksgerichte, in deren Kompetenz die Streitsache fällt, so wird die Zuständigkeit durch die Wahl des Klägers begründet, §. 30.

2. Die besonderen Gerichtsstände.

§. 25.

a) Aus der Annahme der Fortdauer des Wohnsitzes.

1. Der Gerichtsstand in Verlassenschaftsangelegenheiten, §. 37. Das zur Verlassenschaftsabhandlung berufene Gericht (§§. 77—82 J. N. und 21—24, kais. Patent v. 9. August 1854 R. 208, regelmäßig das [auch städt. deleg.] Bezirksgericht, nach Besitzern landtäflicher und stadtbücherlicher Realitäten das Kreisgericht des letzten Wohnsitzes des Verstorbenen) ist **forum necessarium** für alle Erbschafts- und Erbtheilungsklagen, für alle Klagen, welche die Verlassenschaftsschulden, Ver-

Digitized by Google

mächtnisse, oder eine Schenkung auf den Todesfall zum Gegenstande haben.

Der Gerichtsstand beginnt mit dem Tode bez. der Todeserklärung, und endet mit der Hinausgabe, nicht der Ausfertigung, der Einantwortungsurkunde.

Die Verlassenschaftsinstanz ist nicht forum universale; sie zieht bereits anhängige Rechtssachen, und solche, welche einem Kaufalgerichte, der Realinstanz, oder wie summ. Besitzstörungs- und Bestandsachen einem bestimmten Bezirksgerichte ausschließlich zugewiesen sind, nicht an sich. Die dem Kläger gegen den Erblasser zustehende Wahl eines besonderen Gerichtsstandes (z. B. §§. 34, 43, 45, 47, 56) steht auch gegen die Erben zu.

Nachgebildet erscheint der Gerichtsstand für die Todeserklärung eines Vermißten und für die (durch Abgang einer öffentlichen Urkunde nothwendig werdende) Beweisaufnahme über den erfolgten Tod eines Abwesenden. Kompetent ist der Gerichtshof erster Inst. des letzten ordentlichen Wohnsitzes, in Ermangelung eines solchen des Aufenthaltes des Vermißten, bez. Abwesenden, G. v. 16. Feber 1883 R. 20. — Über vorläufige Feststellungen s. §. 30 (Beweis zum ewigen Gedächtnisse).

2. Der Gerichtsstand des §. 44. Zur Minderung der aus der Beschränkung des Gerichtsstandes des Vertrages (Zahlungsortes) resultirenden Erschwerung der Geltendmachung von Forderungen aus dem täglichen Verkehre gestattet §. 44 die Forderungen α) der Handwerker und Handarbeiter für abgenommene Erzeugnisse und gelieferte Arbeiten, β) der Kleinverschleißer für Viktualien und Waaren, γ) der Privatlehrer, Dienstnehmer, Wirthe, Schiffer und Fuhrleute für geleistete Dienste oder Arbeit, noch durch neunzig Tage nach der letzten Leistung bei dem nach dem früheren Wohnsitze zuständigen Gerichte geltend zu machen, wenn der Gegner mittlerweile seinen Wohnsitz in einen anderen Gerichtsbezirk verlegt hat.

Digitized by Google

§. 26.

b) Aus Verhältnissen, welche im beschränkten Umfange das Domizil ersetzen.

3. Der Gerichtsstand der Niederlassung, bez. Registrirung. Der Kaufmann, eine Handelsgesellschaft und handeltreibende Genossenschaft kann in den zur Handelgerichtsbarkeit gehörigen Sachen belangt werden bei dem Gerichte des Domizils, bez. des Sitzes der Gesellschaft, oder auch bei dem Gerichte, in dessen Sprengel sich die Handelsniederlassung befindet, oder wo die Firma registrirt ist, §. 58, — und wenn die Genannten neben der Hauptniederlassung noch eine besondere Niederlassung oder Agentie haben, in Angelegenheiten, welche sich auf diese beziehen, auch bei jenem Gerichte, in dessen Bezirk sich diese Niederlassung befindet, und wo deren Firma registrirt ist, §. 26.[1]) Vorausgesetzt ist dabei, daß die besondere Niederlassung oder Agentie selbstständige Rechtsgeschäfte abschließt. Die österr.-ungar. Bank kann auch in den ihre Filialen betreffenden Angelegenheiten nur bei dem Handelsgerichte in Wien (bez. bei dem Handels- und Wechselgerichte in Budapest) und in Hypothekarkreditgeschäften bei dem Landesgerichte in Wien belangt werden, Art. 95, G. v. 27. Juni 1878 R. 66.

Auch andere Einzelnpersonen, Vereine, Gesellschaften und Korporationen können, sofern sie eine besondere Niederlassung oder Agentie haben, in Angelegenheiten derselben bei dem Gerichte des Ortes der Niederlassung geklagt werden, §. 26. Dabei ist lediglich auf eine Fabrik, eine Handels- oder gewerbliche Niederlassung Bedacht genommen.

4. Der Gerichtsstand für Bestandstreitigkeiten, welche nach der V. v. 16. November 1858 R. 213 zu verhandeln sind.

---

[1]) Zur Begründung der Zuständigkeit ist Registrirung und Stabilität der Zweigniederlassung nicht erforderlich; es genügt Handelsbetrieb während der Kurzeit, Ent. d. O. G. H. v. 2. Okt. 1884, Spruchpr. 2, 97.

Digitized by Google

Es ist forum necessarium das (städt. deleg.) Bezirksgericht, in dessen Bezirk der Bestandgegenstand liegt, selbst für Personen, welche dem Obersthofmarschallamte unterstehen.

5. Der Gerichtsstand für Syndikatsklagen. Es ist zuständig der Gerichtshof zweiter Instanz, in dessen Sprengel das Gericht seinen Sitz hat, von welchem oder von dessen Bestellten die Rechtsverletzung ausgegangen ist, gleichviel ob der richterliche Beamte, oder der Staat, oder beide geklagt werden. Der Staat kann den Rückersatz geltend machen bei dem Prozeßgerichte, wenn hierfür die Voraussetzungen des Mandatsverfahrens gegeben sind; fehlen diese Voraussetzungen, so ist für die Rückersatzklage das nach den allgemeinen Grundsätzen zuständige Gericht erster Instanz kompetent, §§. 8, 19, 21, G. v. 12. Juli 1872 R. 112.

§. 27.

c) Aus dem vermutheten Parteiwillen.

6. Der Gerichtsstand des Vertrages. Das forum contractus, besser solutionis ist begründet, wenn für eine Vertragsobligation der Ort der Erfüllung ausdrücklich verabredet wird, nicht auch, wenn der Erfüllungsort sich aus der Natur oder dem Zweck des Geschäftes, oder der Absicht der Kontrahenten ergibt, oder vom Gesetze bestimmt wird.[1]) Der ausdrücklich verabredete Erfüllungsort gilt als Wohnsitz der Kontrahenten für alle auf den Vertrag bezüglichen Klagen, gleichviel ob sie die Erfüllung, oder die Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung, oder den Bestand, oder die Aufhebung des Vertrages zum Gegenstand haben, §. 43. Durch Verabredung eines beson-

[1]) Die Bestimmung des Ortes der Vertragserfüllung durch konkludente Handlungen begründet den Gerichtsstand nicht; Ent. d. O. G. H. v. 15. Mai 1885, Jur. Bl. 1885 Nr. 26. Die unbeanständete Annahme einer Faktura, welche einen bestimmten Zahlungsort enthält, begründet den Gerichtsstand, Ent. d. O. G. H. v. 16. Dez. 1883, Gr.-Zt. 1883 Nr. 102, jedoch nur, wenn die Faktura das Vertragsverhältniß bestimmt.

Digitized by Google

deren Erfüllungsortes für Leistung und Gegenleistung wird ein zweifacher Gerichtsstand für alle auf den Vertrag bezüglichen Klagen begründet.[2]) Der Gerichtsstand *konkurrirt mit dem forum domicilii*, und gilt auch gegen die Erben; er gilt *nicht* für Bürgen, Bürgen und Zahler, und wenn er gegen Handelsgesellschaften oder Genossenschaften begründet ist, für die unbeschränkt haftenden Mitglieder. — In der Klage genügt die Angabe der Verabredung des Erfüllungsortes, schriftlicher Beweis hierüber ist nicht nothwendig;[3]) wird diese Angabe bestritten, so ist sie durch einen dem Meritum der Streitsache nicht präjudizirlichen Beweis darzuthun.

7. *Der Gerichtsstand für Reisende und Personen, welche sich nur vorübergehend in einem Orte aufhalten.* Es können α) die genannten Personen wegen Verbindlichkeiten, welche sie im Aufenthaltsorte, wenn auch nicht während des gegenwärtigen Aufenthaltes[4]) auf sich genommen haben, bei dem Gerichte belangt werden, in dessen Sprengel sich dieser Ort befindet, solange sie daselbst (im Orte, nicht Gerichtssprengel) anwesend, also mit der Klage noch erreichbar sind, §. 18; — β) die aus der Schiffahrt und Flößerei auf der Elbe entstehenden Streitigkeiten bei den zur Elbezollgerichtsbarkeit bestellten Bezirksgerichten anhängig gemacht werden, solange die Person im Sprengel des Gerichtes sich aufhält, selbst wenn sie einem privilegirten Gerichtsstand untersteht; — γ) Streitigkeiten, welche aus dem Dienstverhältnisse der Schiffsmannschaft, oder für Reisende aus dem Seefrachtgeschäfte oder der Schiffsmiethe entspringen, bei dem Gerichte des Ortes angebracht werden, wo das bezügliche Verhältniß faktisch endet, solange sich der zu Klagende dort aufhält,

[2]) Der nur für die Sachleistung bestimmte Erfüllungsort begründet den Gerichtsstand für die Klage auf Zahlung des Entgeldes, Ent. d. O. G. H. v. 24. Juni 1885, Sp. N. 124.

[3]) Vgl. M. E. v. 29. Okt. 1857 Z. 2224.

[4]) Anders Schrutka: Prakt. Fragen, S. 19.

Digitized by Google

u. z. wenn sich an dem Orte kein zur Ausübung der Seegerichtsbarkeit bestellter Gerichtshof befindet, bei dem Bezirksgerichte.

8. Der Gerichtsstand der geführten Verwaltung. Bei gesetzlich verordneter Vermögensverwaltung ist das Gericht, welches die Verwaltung anordnet und beaufsichtigt, für alle Ansprüche des Verwalters und gegen denselben forum necessarium, §§. 200 und 282 b. G. B. — Aus einer privaten Verwaltung fremden und gemeinschaftlichen Vermögens kann der Geschäftsherr gegen den Verwalter und dieser gegen den Geschäftsherrn in dem Gerichtsbezirke klagen, in welchem die Verwaltung geführt wurde (fingirter Wohnsitz), §. 34. Dieser besondere Gerichtsstand ist nicht begründet für Streitigkeiten aus der Besorgung einzelner Geschäfte, und für Klagen auf Übernahme der Verwaltung; für Klagen auf Fortführung der Verwaltung gilt er nur, wenn die Verpflichtung dazu aus der geführten Verwaltung resultirt.

nach §. 28.

d) Reste des gemeinschaftlichen Gerichtsstandes des Deliktes.

9. Der Gerichtsstand bei Feldbeschädigung. Die Klage auf Schadenersatz bei durch Menschen oder Thiere zugefügter Beschädigung von Grundstücken, oder der auf denselben befindlichen, wenngleich schon abgesonderten Grunderzeugnisse, kann bei dem Gerichte, in dessen Sprengel der Grund gelegen ist, angebracht werden, wenn nicht die Verwaltungsbehörde (bei Wildschäden, Wald- und Feldfrevel) einzuschreiten hat.

10. Der Gerichtsstand bei Besitzstörung. Für Klagen wegen Besitzstörung beweglicher und unbeweglicher Sachen und auch der Bergbauobjekte, welche summarisch, d. i. nach der k. V. v. 27. Oktober 1849 R. 12 zu verhandeln sind, ist das (städt. deleg.) Bezirksgericht der Störung ausschließlich kompetent; nur bei Besitzstörung beweglicher Sachen, welche in Folge der Störung in einen anderen Gerichtssprengel gekommen sind, kann auch bei

Digitized by Google

dem Bezirksgerichte des Ortes, wo sich die Sache befindet, geklagt werden, solange die Sache nicht an einen Dritten übergangen ist, §§. 55 und 67.

11. Der Gerichtsstand für Klagen auf Ersatzleistung bei Verletzung oder Tödtung von Menschen durch Ereignungen auf einer mit Dampfkraft betriebenen Eisenbahn. Es konkurrirt das Handelsgericht des Sitzes der Eisenbahngesellschaft mit jenem, in dessen Sprengel die Ereignung eingetreten ist, §. 3, G. v. 5. März 1869 R. 27.

§. 29.

e) Aus öffentlichem Interesse.

12. Der Gerichtsstand für die Vorsteher der Gerichte erster Instanz. Zur Wahrung voller Unbefangenheit des Richters bestimmt §. 42: a) der Bezirksrichter kann bei seinem Bezirksgerichte weder klagen noch geklagt werden; kompetent ist für solche Rechtssachen der Gerichtshof, in dessen Sprengel das Bezirksgericht liegt; — b) der Vorsteher eines Kreis- (Landes-) Gerichtes kann weder bei diesem Gerichtshofe, noch bei einem im Sprengel desselben gelegenen Bezirksgerichte klagen und geklagt werden; zuständig ist für diese Rechtssachen das nächste Kreisgericht. Diese Bestimmung gilt auch für jene Streitsachen, welche imperativ einem bestimmten Gerichte zugewiesen sind, also für Realsachen, für summarische Besitzstörungs- und Bestandsachen; eine Ausnahme gilt bloß im Bagatell- und Mahnverfahren. Die Praxis, welche solches nicht anerkennen will, greift zur Delegation, bez. speziellen Ermächtigung und verfällt hiermit in jene Weitläufigkeit, welche §. 42 vermieden wissen will. Für die Vorsteher der Obergerichte schien eine gleiche allgemeine Vorsorge nicht dringlich.

Es bestimmt weiter die M. V. vom 31. März 1855 R. 58 im §. 9 cit.: Die Vorsteher eines Konsulargerichtes haben, wenn der Beklagte ihrem, oder einem ihnen untergeordneten

Digitized by Google

Konsularamte untersteht, bei dem nächsten unbefangenen Konsulargerichte zu klagen. Geklagt wird ein Vizekonsul und Konsularagent in Sachen, für welche sein Gericht zuständig wäre, bei dem vorgesetzten Konsulargericht; — ein Konsulatvorsteher in Sachen, für welche sein oder ein ihm untergeordnetes Gericht zuständig erscheint, beim Gerichtshof erster Inst. des Standortes des vorgesetzten Oberlandesgerichtes.

13. Der Gerichtsstand der gelegenen Sache. Die J. N. kennt ein forum rei sitae der unbeweglichen und der beweglichen Sachen.

Bei Immobilien einschließlich Bergwerke ist für Klagen, „welche ein dingliches Recht zum Gegenstande haben", d. h. für Klagen, durch welche ein dingliches Recht auf die Sache geltend gemacht, oder die Aufhebung eines solchen Rechtes bewirkt werden soll,[1]) einschließlich die Theilungs-, die Grenzbestimmungs- und Besitzklagen (§. 308 b. G. B.), weiter für die Aufforderungsklage bei einem vorzunehmenden Bau, die Realinstanz forum necessarium, selbst wenn der Beklagte dem Oberstthofmarschallamte untersteht, §§. 52 und 53 J. N. und §. 72 (73) G. O. Wenn aneinander grenzende Güter unter der Gerichtsbarkeit verschiedener Realinstanzen stehen, so steht dem Kläger die Wahl frei, bei welchem dieser Gerichte er den Streit um die Berichtigung der Grenzen anbringen will.[2])

Bei Mobilien konkurrirt für dingliche Klagen einschließlich die Pfandklage das Gericht, in dessen Sprengel sich die Sache befindet, mit dem Gerichte des Wohnsitzes des Beklagten. Ob für diese Klagen das Bezirksgericht oder der Gerichtshof zuständig ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Mit dem for. rei sitae in Verbindung steht:

---

[1]) Ent. d. O. G. H. v. 18. März 1885, Jur. Bl. 1885, Nr. 16.

[2]) Gleiches gilt bei angrenzenden Gütern auch für Theilungsklagen, Ent. d. O. G. H. v. 10. April 1883, Jur. Bl. 1884, Nr. 22.

Digitized by Google

14. der bes. Gerichtsstand für Hypothekar- und Pränotationsrechtfertigungsklagen, gleichviel, welches dingliche Recht[3]) pränotirt ist. Kompetent ist nach Wahl des Klägers das Gericht des Domizils und jenes Gericht, welchem der Beklagte unterstehen würde, wenn er auf dem unbeweglichen Gute seinen Wohnsitz hätte, §. 56. Eine Ausnahme begründet §. 115 Grundb. O. Zur Rechtfertigung einer bei verschiedenen Grundbuchsgerichten für dieselbe Forderung simultan haftenden Vormerkung des Pfandrechtes ist nur eine Rechtfertigungsklage erforderlich, und es ist diese entweder beim Gericht des Domizils des Hypothekarschuldners, oder bei einem Gerichte zu erheben, welches in Ansehung eines der simultan belasteten Hypothekarobjekte die Realinstanz ist.

§. 30.

1) Aus formeller Konnexität (Verbindung durch den Prozeßgang).

15. Der Gerichtsstand für den Beweis zum ewigen Gedächtniß. Die Partei, welche bei Aufschub der Beweisaufnahme den Verlust eines Zeugen- oder Sachverständigenbeweises zu besorgen hat, kann vor Beginn des Prozesses oder im Zuge desselben um die Beweisaufnahme ansuchen, u. z. bei dem für die Hauptsache zuständigen Gerichte, wenn aber dieses Gericht nicht bekannt ist, oder dringende Gefahr obwaltet, bei dem (städt. deleg.) Bezirksgerichte, in dessen Sprengel der zu vernehmende Zeuge, oder die in Augenschein zu nehmende Sache sich befindet, §. 35. In gleicher Weise kann, wenn es sich um Todeserklärung, oder den Beweis des erfolgten Todes handelt, noch vor Einleitung des bezüglichen Verfahrens die Feststellung relevanter Thatsachen von jenem Bezirksgerichte, in dessen Sprengel die Erhebungen fallen, gepflogen werden, G. v. 16. Feb. 1883 Nr. 20. —

[3]) Anders Haimerl, Kompetenz, S. 85. Derzeit hat der Kläger auch im Falle pränotirter Forderungen nicht bloß die Richtigkeit der Forderung zu erweisen, §. 36 Gb. O.

Digitized by Google

Eine Beeidigung der Parteien zum ewigen Gedächtnisse hat nicht statt, wohl aber eine gerichtliche Erneuerung unleserlich werdender Urkunden, §§. 131, 132 (205, 206) G. O., für welche der Gerichtsstand des §. 35 analoge Geltung hat.

16. Der Gerichtsstand der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zuständig ist das Gericht, bei welchem der Prozeß anhängig ist, oder früher verhandelt wurde, §. 36.

17. Der Gerichtsstand für die Aufforderungsklage bei einer Berührung oder bei Nichterledigung einer Rechnung. — Die Aufforderungsklage muß bei jenem Gerichte angebracht werden, welches für die aufgeforderte Klage zuständig ist; sind für die aufgeforderte Klage mehre Gerichte elektiv kompetent, so hat auch der Provokant ein Wahlrecht. Dem Aufgeforderten bleibt das Wahlrecht zwischen konkurrirenden Gerichten offen, wenn er die Aufforderungsklage sofort mit der aufgeforderten Klage beantwortet; hat er aber die Aufforderungsklage bestritten, und wird nun verurtheilt, die aufgeforderte Klage einzubringen, so muß er diese bei jenem Gerichte anhängig machen, bei welchem der Aufforderungsprozeß geführt wurde, §. 31. Aufforderungsstreitigkeiten bei einem vorzunehmenden Bau gehören zum Gerichte des Baugrundes, §. 72 (73) G. O.

Im Anschlusse an die Aufforderungsklage nimmt die J. N. im §. 32 auf die Amortisirung der Urkunden Bedacht. Ergänzende Bestimmungen hierüber enthält der §. 60 J. N., das Gesetz vom 3. Mai 1868 R. 36, der Art. 73 W. O. und Art. 305 H. G. B. Durch den Aufruf des Besitzers der Urkunde, sich zu melden, wird nicht dieser veranlaßt, sein Recht an der Urkunde darzuthun, sondern der Verlustträger in die Lage gebracht, gegen den Besitzer der Urkunde Klage zu erheben. Das Aufrufsverfahren erscheint sonach als ein hier nicht weiter in Betrachtung fallendes Verfahren außer Streitsachen.

18. Der Gerichtsstand für Ansprüche im Konkurse. Das Konkursgericht ist **judicium universale** für alle Ansprüche im Konkurse mit der im §. 138 Kon. O. fixirten Beschränkung

Digitized by Google

19. Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft. Werden mehre Personen, welche einen verschiedenen allgemeinen Gerichtsstand haben, zusammen geklagt, so ist, sofern für die Streitsache nicht ein besonderer Gerichtsstand begründet ist, für alle Beklagten jenes Gericht zuständig, welchem der in der Klage zuerst benannte Beklagte untersteht, §. 41. Dem Kläger steht frei, welchen er als ersten Beklagten nennen will. Wenn jedoch aus dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte ein Hauptverpflichteter ersichtlich ist, so ist dieser zuerst zu nennen, V. v. 12. Mai 1852 R. 112, da ihm in dem Verfahren eine Hauptrolle zugedacht ist; es kann daher auch die Klage nur bei dem Gerichtsstande des Hauptverpflichteten angebracht werden.[1] Die Kompetenz des Oberstthofmarschallamtes kann nicht erweitert und auch nicht beschränkt werden; das Kompetenzprivilegium des §. 14 b und c weicht dem §. 41, und erstreckt sich, wenn es für den Erstbeklagten gilt, auch auf die Mitbeklagten. (Vgl. §§. 8 und 9, G. v. 12. Juli 1872 R. 112.) Eine besondere Bestimmung gibt §. 4 des Wech. V.

20. Der Gerichtsstand der Widerklage (reconventio), §. 33, (welcher den §. 63 [§§. 52—55] G. O. ersetzt). Widerklage ist die Klage, welche während der Dauer eines anhängigen Prozesses bei dem für diesen zuständigen Gericht vom Beklagten gegen den Kläger erhoben wird.

Die Widerklage steht neben der Klagebeantwortung, sie ist eine zweite Klage, welche einen selbstständigen, daher auch vollständig zu instruirenden Prozeß begründet, Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621. Sie bezielt die Geltendmachung eines Anspruches, der sich zur Aufrechnung nicht eignet, oder durch Aufrechnung nicht erschöpft wird. Konnexität der Ansprüche der Vor- und

[1] Im Rechtsstreite über die Richtigkeit oder die Rangordnung einer Forderung im Konkurse ist der Massenverwalter, wenn er sich unter den Bestreitenden befindet, stets als Erstbeklagter zu bezeichnen. Diese Vorschrift hat jedoch keinen Einfluß auf die Zuständigkeit, §§. 124, 126—128 Kon. O.

Digitized by Google

Widerklage, Ref. v. 11. Sept. 1784 Nr. 336, und Gleichheit der Prozeßart ist nicht gefordert.

Der Gerichtsstand der Widerklage erfordert:

α) die Anhängigkeit der Vorklage, nicht bloß ein Ansuchen um Mahnbefehl, §. 13 Mahn.-V. Der Beklagte ist zur Widerklage bei demselben Gerichte erster Instanz berechtigt von der Einlassung in den Streit über die Vorklage bis zur Zustellung der rechtskräftigen Entscheidung hierüber, also auch, wenn der Prozeß über die Vorklage schon in der Rechtsmittelinstanz hängt. Gleichgiltig ist, ob die Kompetenz für die Vorklage im Gesetz einem Vertrag oder Richterspruch gegründet ist. Widerklage ist also auch zulässig bei dem durch Delegation zur Amtshandlung berufenen Gerichte; das delegirte Gericht ist gesetzmäßig zuständig, das Recht des Beklagten zur Widerklage darf nicht vereitelt werden. Die Widerklage ist mit der Ablehnung der Verhandlung über die Vorklage nicht vereinbar; sie erscheint, wenn eingebracht, als Verzicht auf solche Ablehnung. Ist die Widerklage anhängig gemacht, so wird die Kompetenz durch Fallenlassen der Vorklage nicht behoben;

β) daß der Beklagte seinen Kläger belange. Die Widerklage hat nur statt zwischen den Personen, welche im Rechtstreit über die Vorklage Prozeßparteien sind. Prozeßpartei ist nicht der Vertretungsleister, ein Mitglied der juristischen Person, oder der Gesellschaft, welche klagt oder geklagt ist, und der Erbe, so lange er nur als Vertreter des Nachlasses in Betrachtung kommt.

Der zweite Absatz des §. 33 schließt den besonderen Gerichtsstand aus, wenn die Vorklage bei dem Gerichtsstand der gelegenen Sache angebracht ist, oder die Widerklage dahin gehört; — weiter auch im Falle die Vor- oder Widerklage ihrem Gegenstande nach zum besonderen Kaufalgerichtsstand, richtig zur Kaufalgerichtsbarkeit gehört; das Gesetz will die sachliche Kompetenz der Kaufalgerichte nicht auf gemeine Rechtssachen erweitern, und dem Kaufalgerichte zufallende Sachen diesem nicht

Digitized by Google

entziehen. Das gilt auch dann, wenn dasselbe Gericht allgemeine und besondere Gerichtsbarkeit verwaltet und die Rechtssache der Vorklage und der Widerklage verschiedener Gerichtsbarkeit zufällt.[2]) Ausgeschlossen ist hiermit nicht eine Widerklage, wenn der Gegenstand der Vor- und der Widerklage zur Kaufalgerichtsbarkeit fällt. Ausgeschlossen ist die Widerklage, wenn ein Gericht nur für eine bestimmte Streitsache kompetent erklärt ist, so für Besitzstreitigkeiten, §. 54 J. N., für Bestandsachen, §. 1 Best. V., die Konkursinstanz für Ansprüche gegen die Masse.

Da die §§. 12 und 47 auf §. 33 nicht Bezug nehmen, kann durch die Widerklage die Kompetenzgrenze zwischen dem städt. deleg. Bezirksgericht und Kreisgericht nicht verschoben, — die sachliche Kompetenz der Gerichte überhaupt nicht geändert werden. — Persönliche Kompetenzbegünstigung (§. 14 b und c) schließt den Gerichtsstand nicht aus; die dem Obersthofmarschallamte unterstellten Personen können aber diesem Gerichte durch Widerklage nicht entzogen werden.

Neben dieser uneigentlichen oder sukzessiven Widerklage (reconventio imperfecta) steht die eigentliche Widerklage (rec. perfecta), welche der Beklagte in der Klagebeantwortung erhebt, und welche gleichzeitig mit der Vorklage verhandelt und in demselben Urtheil entschieden wird (effectus simultanei processus), welche sich daher auch zu dem über die Klage eingeleiteten Verfahren eignen muß. Auf diese „mit der Einrede vermengte Widerklage" kann der Richter bei der Entscheidung Bedacht nehmen, wenn der Kläger sich darauf in der Replik vorbehaltslos eingelassen hat, und der Gegenstand der Widerklage spruchreif erscheint, Hfd. v. 27. September 1792 Nr. 54.

[2]) Vergl. §. 7 des Hfd. v. 7. Nov. 1820 Nr. 1714 bez. Hfd. v. 26. Jänner 1822 Nr. 1832 über die Zulässigkeit der Inkompetenzeinrede, sofern demselben Gerichte allgemeine und Handelsgerichtsbarkeit zusteht.

Digitized by Google

§. 31.

g) Aus materieller Konnexität.

21. Der Gerichtsstand zusammenhängender Streitsachen. Der §. 40 gestattet, bei jenem Gerichte erster Instanz, bei welchem eine Rechtssache anhängig gemacht wurde, insolange über dieselbe nicht rechtskräftig entschieden ist, Streitsachen anzubringen, welche mit der anhängigen Sache genetisch zusammenhängen, also aus demselben Faktum entsprungen sind, selbst wenn diese Streitsachen andere Parteien betreffen. Dieser besondere Gerichtsstand steht dem Kläger zur Wahl, ist also nicht mehr, wie §. 40 a. G. O. bestimmte, forum necessarium.

§. 32.

h) Aus Rücksicht für besondere Verhältnisse.

22. Der Gerichtsstand für Lehensstreitigkeiten, §. 39. Sachlich zuständig ist nur der Gerichtshof; örtlich zuständig normal jener Gerichtshof, in dessen Sprengel das Lehen sich befindet; — wenn jedoch der Streit unmittelbar landesfürstliche Lehen betrifft, und dabei der Landes- als Lehensherr betheiligt ist, so ist zuständig der Gerichtshof am Sitze der Lehensstube, d. i. nach M. V. v. 19. Jänner 1853 R. 10 die politische Landesstelle. Zu beachten ist G. v. 17. Dezember 1862 R. 103 und v. 12. Mai 1869 R. 103—112 über Allodialisirung der Lehen.

23. Der Gerichtsstand für Klagen in Fideikommißangelegenheiten, §. 38. Die Fideikommisse stehen in Obsorge der Gerichte. Es ist Fideikommißinstanz für die bei Beginn der Wirksamkeit der Jurisdiktionsnorm vom 20. November 1852 bestandenen Fideikommisse jener Gerichtshof, der an die Stelle des vorher zur Obsorge berufenen Gerichtes getreten ist; — für die von da ab errichteten Fideikommisse jener Gerichtshof, der in dem vom Gesetzgeber bestätigten Statute dazu berufen ist, und ev. der zur Verlassenschaftsabhandlung nach dem Stifter berufene Ge-

Digitized by Google

richtshof, §. 89. Diese Fideikommißinstanz für die außer Streitsachen zu pflegende Obsorge ist ausschließlich kompetent für Klagen, welche aus dem Fideikommißverhältnisse entspringen, nicht aber auch für Klagen wegen Fideikommißschulden.

24. Der Gerichtsstand für die Erwirkung provisorischer Sicherstellungsmittel, u. zw. des gerichtlichen Verbotes, des provisorischen Arrestes, der provisorischen Sequestration und anderer mittlerweiligen Vorkehrungen nach dem 28., 29. und 30. Kapitel der allg. und gal. G. O. Das Gesuch um diese Sicherstellung kann eingebracht werden bei dem für die Hauptsache zuständigen Gerichte, oder bei jenem auch städt. deleg. Bezirksgerichte, in dessen Sprengel das Sicherstellungsmittel vollzogen werden soll, §. 46. Das Gesuch um Pränotation gehört zur Tabularinstanz, §. 49. Die Exekution zur Sicherstellung bewilligt das Prozeßgericht.

25. Der Gerichtsstand für die Justifizirung der bewilligten provisorischen Sicherstellung. Es ist neben dem nach den allgemeinen Kompetenzbestimmungen zuständigen Gerichte auch das sachlich kompetente Gericht des Ortes zuständig, wo das provisorische Sicherstellungsmittel erwirkt wurde. M. V. v. 19. Juni 1855 R. 106 und Pat. v. 27. Dezember 1790 Nr. 99.

26. Der Gerichtsstand der Exekution. Siehe §. 178.

§. 33.

3. Der Gerichtsstand für Fremde.

Unterthanen auswärtiger Staaten, welche nicht als exterritorial betrachtet werden müssen, können in Österreich belangt werden wie österr. Staatsbürger bei dem Gerichte des Wohnsitzes in Österreich, und bei jedem auch gegen einen Österreicher zugelassenen besonderen Gerichtsstand, §. 29 a, b.

Digitized by Google

Ist eine solche Kompetenz für einen Fremden hierlands nicht begründet, so kann er doch belangt werden in jedem Orte, wo er getroffen wird, d. h. wo ihm die Klage zugestellt werden kann, wegen aller Verbindlichkeiten, welche hierlands entstanden, oder nach Gesetz oder Vertrag hierlands zu erfüllen sind, §. 29 c.

Läßt der Staat, welchem der Ausländer angehört, gegen österr. Staatsbürger Klagen auch in anderen Fällen zu, so ist Vergeltung zu üben, §. 29 d.

Eine Verhandlung über die Ungiltigkeit und Trennung der Ehe von Ausländern erfolgt hierlands nur bei Bestand eines Wohnsitzes in Österreich, Hfd. v. 15. Juli 1795 bei Hfd. v. 23. Oktober 1801 Nr. 542.

§. 34.

II. Richterlich bestimmte Zuständigkeit.

Die Zuständigkeit bestimmt das Gericht:

1. im Falle eines Kompetenzstreites.

a) Nehmen mehre österr. Gerichte erster Instanz die Zuständigkeit in Anspruch, so entscheidet über Antrag eines der Gerichte das allen streitenden Gerichten vorgesetzte Oberlandesgericht, und wenn die streitenden Gerichte verschiedenen Oberlandesgerichten unterstehen, die betreffenden Oberlandesgerichte einverständlich und mit Ausschluß eines jeden Rechtszuges; bei Abgang eines Einverständnisses der mehren Oberlandesgerichte entscheidet der oberste Gerichtshof. Der Streit hemmt das Verfahren bei dem mit der Sache befaßten Gerichte nicht, §. 3.

b) Bestreitet das Gericht eines fremden Staates die Zuständigkeit des österr. Gerichtes in Bezug auf einen fremden Staatsangehörigen oder fremdes Vermögen, so ist die Verhandlung, soweit nicht öffentliche Rücksichten oder die Sicherung der Privatrechte ein Einschreiten gebieten, zu sistiren, und im Wege des Obergerichtes und des obersten Gerichtshofes die

Digitized by Google

Entscheidung des Justizministeriums darüber einzuholen, ob Amt zu handeln sei, §. 4.

Wird die Partei in einer Zivilstreitsache von den denkbar zuständigen Gerichten ev. auch im Instanzenzuge abgewiesen, so liegt kein Streit zwischen den Gerichtsbehörden erster Instanz, wohl aber Justizverweigerung vor, welche über Beschwerde im Wege der Justizaufsicht behoben wird u. z. in letzter Instanz vom obersten Gerichtshof, M. E. v. 23. Juli 1853 Z. 8971.

2. im Falle der Delegation. Diese ist die Übertragung der gesammten Amtshandlung in einer konkreten Rechtssache von dem kompetenten auf ein örtlich[1]) nicht zuständiges Gericht, und erfolgt: a) wenn das kompetente Gericht in der Ausübung des Richteramtes rechtlich verhindert ist, über Anzeige des Gerichtes oder Gesuch der Partei, §. 7; — b) wohl auch bei thatsächlicher Behinderung des zuständigen Gerichtes, z. B. in Folge eines Krieges; — c) aus Gründen der Zweckmäßigkeit, §. 8. Die Delegation verfügt das beiden betroffenen Gerichten vorgesetzte Obergericht, also das O. L. G., oder der O. G. H.

§. 35.

III. Durch Vereinbarung bestimmte Zuständigkeit.*)

I. Den Parteien ist vorbehalten, sich für ein bestimmtes Streitverhältniß, oder für die Streitsachen aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse ohne Zustimmung der Gerichte durch Vereinbarung einem unzuständigen Gerichte zu unterwerfen, §. 47. Es ist gestattet:

a) die Änderung der örtlichen Zuständigkeit. Eine Ausnahme gilt für Rechtssachen, welche dem Tabular- oder Real-

[1]) Die Änderung der sachlichen Kompetenz durch Delegation ist wohl auf die besonders bezeichneten Fälle im Verfahren außer Streitsachen beschränkt, §§. 78, 84.

*) Wach, das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes. Archiv f. c. P. 62. 373. — Fitting: ebenda 63. 222. Just.: Zivilprozeßrechtliche Kontroversen IV: ebenda 68. 268. — Bolgiano in Grünhuts Z. 12. 594.

Digitized by Google

gerichte ausschließlich zugewiesen sind, §§. 49—53, dann für Bestandstreitigkeiten, §. 1 Bstd. V. und summar. Besitzstörungssachen, §. 54, welche im öffentlichen Interesse einem örtlich bestimmten Gerichte zugewiesen wurden;

b) eine Änderung der sachlichen Kompetenz mit wesentlichen Beschränkungen. Es dürfen α) Rechtssachen, welche zur Kompetenz der Gerichtshöfe gehören, den Bezirksgerichten zugeführt werden, nicht aber umgekehrt. Ausgeschlossen ist die Übertragung von Streitigkeiten betreffend die Ungiltigkeit oder Trennung einer Ehe auf Bezirksgerichte, §. 48. Die Vereinbarung des Bagatellverfahrens begründet die Kompetenz des Bagatellgerichtes, sie ist jedoch nur zugelassen für Rechtssachen bis 500 fl.; die Vereinbarung des summarischen Verfahrens begründet an sich nicht die Zuständigkeit der städt. deleg. Bezirksgerichte. β) Rechtssachen, welche zur Kompetenz der Kaufalgerichte gehören, können vor die gewöhnlichen Gerichte gebracht werden, nicht aber umgekehrt. Insoweit jedoch die Kaufalgerichtsbarkeit eine ausschließliche ist (für Wechselstreitigkeiten, §. 60, für die durch Ereignungen auf Eisenbahnen veranlaßten Ersatzklagen G. v. 5. März 1869 R. 27, Seesachen §. 62 und 63, und Bergstreitigkeiten §. 68), kann ein gewöhnliches Gericht nicht kompetent werden.

Persönliche Kompetenzbegünstigungen (§. 14 b und c) können durch Prorogation aufgegeben werden, nur für die dem Obersthofmarschallamte unterstellten Personen ist dieses die alleinige Gerichtsbehörde, Hfd. v. 14. Juli 1815 Nr. 1159.

II. Ein unzuständiges Gericht wird kompetent, wenn es das Verfahren eingeleitet hat, und der Beklagte die Inkompetenz rechtzeitig einzuwenden unterläßt (Präklusion der Inkompetenzeinrede, §. 48). In diesem Wege kann die örtliche und sachliche Kompetenz verstellt werden und gelten nur folgende Beschränkungen: a) Wird über die Ungiltigkeit oder Trennung einer Ehe bei einem Gerichte verhandelt, welchem Ehegerichtsbarkeit solcher Art nicht zusteht, so kann die Inkompetenz im Zuge des Ver-

Digitized by Google

fahrens ausgesprochen, und selbst eine rechtskräftige Entscheidung auf Antrag des Ehegerichtes kassirt werden. b) Wird beim Zivilgerichte über einen vor die Verwaltungsbehörden gehörigen Gegenstand verhandelt, so kann die Inkompetenz im Zuge des Verfahrens vom Zivil- und vom Reichsgericht ausgesprochen werden; eine Kassation der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über Verlangen der Verwaltungsbehörde hat nicht mehr statt, §. 12, G. v. 18. April 1869 R. 44. c) Für die dem Obersthofmarschallamte unterstellten Personen ist dieses Gericht die alleinige Gerichtsbehörde, Hfd. v. 14. Juli 1815 Nr. 1159, daher kann ein anderes Zivilgericht nicht kompetent werden, jene Streitsachen ausgenommen, für welche dieses Kompetenzprivilegium ausgeschlossen ist.

Zweiter Titel.

Die Parteien und deren Vertreter.

Erstes Kapitel.

Die Parteien.*)

§. 36.

Die Prozeßsubjekte und deren Stellung im Allgemeinen.

I. Der Rechtsstreit erfordert einen Kläger, einen Beklagten und einen Richter; diese sind die Hauptpersonen, ohne welche sich der Rechtsstreit nicht denken läßt. Die übrigen Personen auf Seite des Gerichtes oder der Parteien sind Nebenpersonen.

Es folgt aus dem Wesen des Prozeßes:

a) daß Niemand zugleich Richter und Partei sein kann (§§. 52 und 156 Gr. J., §. 42 J. N.);

*) Wetzel: System S. 38. — Menger, in Grünhuts Zeitschr. 7. 647.

Digitized by Google

b) daß dieselbe Person nicht Kläger und Beklagter zugleich sein kann. Wenn und soweit sich die Rechtssphären des Klägers und Beklagten vereinigen, hört der Prozeß nothwendig auf. (S. aber §§. 547 und 550 b. G. B.);

c) daß es mehr als zwei Parteirollen in einem Prozesse nicht gibt. Da weiter keine Gemeinschaft des Klagrechtes besteht, so kann immer nur eine Person Träger der Parteirolle sein, womit objektive und subjektive Klagenhäufung nicht ausgeschlossen ist.

II. An dem Prozesse zweier Personen können Dritte Theil nehmen, um durch Anschluß an die Prozeßpartei dieser zum Siege zu verhelfen. Assistirt der Dritte einer Prozeßpartei ohne eigenes rechtliches Interesse an dem Ausgange des Streites, so erscheint er als Prozeßvertreter; wird der Dritte durch sein Interesse veranlaßt, der Partei Hilfe zu leisten, so erscheint er als Nebenpartei oder Streitgehilfe. Niemand kann Partei und Nebenpartei, Partei und Prozeßvertreter zugleich, und ebensowenig Vertreter beider Parteien sein (§§. 271 und 272 b. G. B., §. 10 Adv. O., §. 102 Straf. G.; Instruktion für die Finanzprokuratur vom 16. Februar 1855 R. 34). In streitigen Privatrechtsangelegenheiten zwischen der Gemeinde und einer ganzen Klasse von Gemeindemitgliedern oder einzelnen derselben hat im Falle der Befangenheit des Gemeindeausschusses der Bezirks- (ev. Landes-) Ausschuß für die Gemeinde einen Vertreter zu bestellen.[1])

III. Die Rolle des Klägers und des Beklagten bestimmt sich durch die Klage. Ein Zwang zur Klage besteht nicht, wohl aber eine rechtliche Nöthigung. Kläger ist jener, der mit Hilfe des Gerichtes eine Änderung des gegebenen Zustandes will; er erhebt einen Anspruch (ist petitor), der Beklagte will diesen Anspruch bloß abwehren (ist possessor). Aus diesem Verhältnisse folgt eine relative Modifikation des Grundsatzes der Gleichstellung

[1]) §. 93 der Gemeindeordnungen, IX. Band der Manz'schen Ausgabe, spez. §. 101 der Gemeinde-O. für Böhmen.

Digitized by Google

der Parteien; es ist die Lage des Klägers minder günstig (favorabiliores sunt partes rei quam actoris) insofern, als er an den Gerichtsstand des Beklagten gewiesen ist (actor forum rei sequitur), und ihn die Beweislast trifft (actoris est probare). Aus der defensiven Stellung des Beklagten folgt, daß wohl er, nicht aber der Kläger verurtheilt werden kann (actor non condemnatur). Davon gelten scheinbare Ausnahmen bezüglich der Prozeßkosten §. 24 der Pr. N., und im Falle der eigentlichen gleichzeitigen Widerklage;[2]) eine Ausnahme in Folge des Wesens des streitigen Rechtsverhältnisses ergibt sich für judicia duplicia und zwar für den Grenzscheidungsprozeß, für welche die §§. 850f. B. G. B. ein offiziöses Verfahren vorschreiben, und für Theilungsklagen, bei welchen eine Auseinandersetzung nach Maßgabe der Berechtigung der Betheiligten zu erfolgen hat, daher auch eine Kondemnation des Klägers (zu Entschädigung, Servitutsbestellung) erfolgen kann.[3])

§. 37.

Die Partei-, Prozeß- und Postulationsfähigkeit.

I. Die Partei- (Gerichts-) Fähigkeit ist die rechtliche Eignung, im Prozesse Kläger oder Beklagter zu sein. Da der Prozeß ein Rechtsverhältniß ist, fällt die Parteifähigkeit mit der Rechtsfähigkeit zusammen.

Parteifähigkeit kommt zu jeder physischen und juristischen Person, Vereinen ohne juristische Persönlichkeit aber mit Vermögensfähigkeit, den Gewerkschaften §. 138 Berg-G., den Handelsgesell-

---

[2]) S. oben §. 30.

[3]) Unger: System II. 611. — Randa: Besitz 1879, S. 180, 268, Nte. 62. — Anders Menger: Grünhuts Zeitschr. 7. 649; judicia duplicia werden für das österr. Recht besser verworfen; selbst die Theilungsklagen haben nach österr. Recht einen streng einseitigen Charakter. Doch scheint, daß bei dieser Annahme die Theilung so lange unmöglich wäre, bis der prozessualische Kläger ein unbestreitbares Begehren stellt.

Digitized by Google

schaften des H. G. B. Art. 111, 164, 213, den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, §. 12, G. v. 9. April 1873 R. 70. Es können „im gemeinsamen Interesse" bei Aktien-Kommandit-Gesellschaften die Kommanditisten in Gesammtheit die persönlich haftenden Gesellschafter und den Aufsichtsrath, es kann bei einer Handels-Aktiengesellschaft die Gesammtheit der Aktionäre den Vorstand und Aufsichtsrath (Art. 195 und 226 H. G. B.), — bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften die Gesammtheit der Genossenschafter den Aufsichtsrath (§. 25, G. v. 9. April 1873 R. 70) klagen. Es kann weiter die Gesammtheit der Besitzer von auf den Inhaber lautenden, oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldschreibungen (Partial-Prioritäts-Obligationen, Lose u. dergl.) in Angelegenheiten, welche gemeinsame Rechte betreffen, durch einen vom Gerichte bestellten Vertreter (§§. 1 und 9, G. v. 24. April 1874 R. 49), es kann die Konkursgläubigerschaft (§. 76 Kon. O.) klagen und geklagt werden.

II. Prozeßfähigkeit, Gerichtsstandsfähigkeit, ist die rechtliche Eignung, Willensakte im Prozesse selbstständig mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen (die prozessualische Handlungsfähigkeit). Sie erfordert die Handlungsfähigkeit nach bürgerl. Rechte, und soweit der Prozeß auf bestimmte Vermögensobjekte Wirkung haben soll, die Dispositionsbefugniß über diese Objekte.

Die Prozeßfähigkeit (**legitima persona standi in judicio**) fehlt:

a) allen Parteien, welche ihrer Natur nach nicht selbst, sondern nur durch einen Vertreter handeln können, so dem Fiskus, Gemeinden, Personenvereinen u. s. w.;

b) Personen, welchen die Disposition über das in Anspruch genommene Vermögen fehlt, so dem Kridatare in Betreff des in die Konkursmasse einbezogenen Vermögens, jenem, welchem in Folge des Ordensgelübdes die Verwaltung des Vermögens entzogen ist, §. 182, Pat. v. 9. August 1854 R. 208;

Digitized by Google

c) Personen, welchen die Gesetze die Verwaltung des Vermögens eingeschränkt haben, §. 63 (52) G. O. Es sind Pfleglinge prozeßunfähig auch in Betreff des Einkommens, über welches sie verfügen können. Eine Ausnahme macht aus Utilitätsgründen das G. v. 14. Mai 1869 R. 63 über Gewerbegerichte im §. 34: es gestattet minderjährigen Arbeitern in Streitigkeiten über den selbstständig verabredeten Arbeitslohn, und über die Auflösung eines selbstständig eingegangenen Arbeitsverhältnisses — nicht aber auch in anderen den Gewerbegerichten zugewiesenen Rechtssachen — selbstständig Vergleiche zu schließen und zu verhandeln. Weiter geht §. 10 des Bag. V.; er anerkennt die Prozeßfähigkeit Minderjähriger in Bagatellsachen, und die Berechtigung derselben, sich in Sachen bis 500 fl. dem Bagatellverfahren zu unterwerfen, „wenn der Rechtsstreit nur dasjenige zum Gegenstande hat, worüber der Minderjährige zu Folge der §§. 151, 246 und 247 b. G. B. frei verfügen kann".[1])

Für die prozeßunfähige Partei hat der gesetzliche Vertreter den Prozeß zu führen, also für Pfleglinge der Vater, Vormund oder Kurator, §. 64 (57) G. O., für den Fiskus die bezügliche Verwaltungsbehörde, für Gemeinden der Vorsteher, für andere juristische Personen und Vereine, für Klöster, Abteien, Kirchen, Stiftungen der Vorstand, für Gewerkschaften die Direktion (§. 144 Berg G.), für Handelsgesellschaften und Genossenschaften der Repräsentant (Art. 117, 167, 196, 227, 235, bez. 137, 172, 205, 244 H. G. B. und §§. 18 und 44 Gen. G.), für die Gesammtheit der Aktionäre bei Handelsgesellschaften und für die

[1]) Im §. 17 des mit Erl. des Handelsministers vom 18. Juli 1883 Z. 22037 publizirten Normalstatutes für die schiedsgerichtlichen Ausschüsse der Gewerbegenossenschaft wird minderjährigen Arbeitern in Streitigkeiten über den selbstständig verabredeten Arbeitslohn, und über Auflösung eines selbstständig verabredeten Arbeitsverhältnisses das Recht der Selbstvertretung zuerkannt, aber doch nur für das Verfahren vor dem schiedsgerichtlichen Ausschuß, und nicht verbindlich für den Zivilrichter.

Digitized by Google

Gesammtheit der Genossenschafter der gewählte Vertreter (Art. 194, 195, 226 H. G. B. und §. 25 Gen. G.), für die Besitzer von Theilschuldverschreibung der gerichtlich bestellte Kurator, für die Konkursmasse der Verwalter. — Der gesetzliche Vertreter hat bei der Prozeßführung die Stellung der Prozeßpartei, er ist, mit entsprechender Beschränkung, der Träger der Parteibefugnisse und der Parteipflichten.

Nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bestimmt sich, ob der Vertreter der prozeßunfähigen Partei der Zustimmung einer Mehrheit von Privatpersonen (z. B. des Gläubigerausschusses im Konkurse §. 147 Kon. O.), oder einer Behörde (Obervormundschaftsbehörde §. 233 b. G. B.), der geistliche Vorsteher der Bewilligung der polit. Landesbehörde[2]) bedarf. Die ertheilte Ermächtigung umfaßt die Befugniß zu allen Prozeßhandlungen, soweit nicht besondere Ermächtigung für einzelne Akte vorbehalten ist.

III. Der Mangel der Gerichts- und Prozeßfähigkeit einer Partei ist vom Richter von Amtswegen festzustellen, weil das mit gerichts- oder prozeßunfähigen Personen gepflogene Verfahren nichtig ist. Der Richter ist verpflichtet, die von einer *prozeßunfähigen Partei*, oder gegen eine solche eingebrachte Schrift sofort zu verwerfen, und die Partei an den Vertreter zu weisen, Hfd. v. 4. Juni 1789 N. 1015, und bei der Aufnahme protokollarischer Klagen, sowie bei der über die Klage angeordneten Verhandlung darauf Bedacht zu nehmen, ob beide Theile berechtigt seien, sich selbst zu vertreten, §. 20 (21) G. O. und §. 13 Summ. V. Wird der Mangel der Prozeßfähigkeit erst *im Zuge des Verfahrens* entdeckt, so soll Alles, was bis dahin geschehen, aufgehoben, und das Verfahren sofort eingestellt werden. Wäre

[2]) *Scherer*: Die Prozeßfähigkeit kirchlicher Institute 1882, verkennt das richtige Verhältniß dieses Konsenses zur Prozeßfähigkeit. — *Singer* in Grünhut's Z. 10, 156.

Digitized by Google

es im Prozesse „bis zum richterlichen Spruche gekommen", d. h. eine Entscheidung in der Hauptsache bereits erlassen, so kann der gesetzliche Vertreter der prozeßunfähigen Partei, nicht auch der Gegner derselben[3]) die Nullität des Urtheiles erster oder höherer Instanz bei der ersten Instanz anzeigen, welche hierüber die erforderlichen Erhebungen pflegt, auf deren Grund jenes Gericht die Verhandlung und Entscheidung kassirt, welches in dieser Rechtssache das letzte Urtheil gefällt hat, Hfd. v. 14. Oktober 1803 Nr. 629.[4]) Die Berechtigung des gesetzlichen Vertreters zur Anfechtung entfällt, wenn der Pflegling mittlerweile eigenberechtigt wurde; dieser kann die Nichtigkeit des Verfahrens im Instanzenzuge, und wenn dieser bereits geschlossen ist, im Wege der Klage geltend machen. Der Mangel der Prozeßfähigkeit begründet also nur eine relative Nichtigkeit; — der Mangel der Parteifähigkeit dagegen begründet absolute Nichtigkeit.

IV. Prozeßfähige Personen sind regelmäßig berechtigt, selbst vor Gericht zu verhandeln; soweit im öffentlichen Interesse Anwaltszwang besteht, bedürfen sie dabei allerdings der Assistenz eines Advokaten. Dieses Recht zu selbstständigen Anträgen vor Gericht (jus postulandi) fehlt nach §. 275 b. G. B. Taubstummen, und analog jenen, welche wegen ähnlicher körperlicher Gebrechen mit dem Richter nicht verkehren können; es fehlt jenen, welche der Gerichtssprache unkundig sind, §. 13 (14) G. O., denn eine Verhandlung durch einen Dolmetsch hat nur statt, soweit eine Person sich nicht vertreten lassen kann, also bei Eid und Zeugenschaft. Der Richter kann persönliches Verhandeln vor Gericht aberkennen denjenigen, welche sich nicht angemessen betragen, oder einer verständlichen Äußerung über die Streitsache nicht fähig

---

[3]) G. U. 6392.

[4]) Die Prozeßunfähigkeit des Klägers bedingt „Unverantwortlichkeit auf die Prozeßkosten". Waldner: Prozeßkosten 1883 S. 137; bei Prozeßunfähigkeit des Beklagten ist der Kläger ersatzpflichtig.

Digitized by Google

sind, §. 192 Ger. Inst., §. 8 Sum. und §. 22 Bag. V. Postulationsunfähige Personen müssen zur Verhandlung vor Gericht einen Prokurator bestellen, um den Kontumazfolgen zu entgehen; doch ist eine mit ihnen selbst gepflogene Verhandlung an sich nicht ungiltig.

Verschieden von der Gerichts- und Prozeßfähigkeit ist die aktive und passive Klaglegitimation (**legitimatio ad causam**), die Frage nämlich, ob das geltend gemachte Recht dem Kläger, und ob es ihm gegen den Beklagten zustehe. Die diesfalls entscheidenden Thatsachen bilden einen Theil der Klagebegründung, nicht eine Bedingung der Giltigkeit des Prozesses; sie sind daher nicht von Amtswegen festzustellen, und nicht schon bei der Klageerledigung ins Auge zu fassen, ausgenommen, wenn dem Kläger zugleich die formelle Berechtigung zur Klage mangelt.

§. 38.

Die Stellung der Prozeßsubjekte zu einander.

I. Der Prozeß begründet einen Verkehr zwischen dem Gerichte und den Parteien im weiteren Sinne, d. s. alle Personen, welche im Prozesse vor Gericht handelnd auftreten, also die Streitparteien, Zeugen, Sachverständigen u. A.

Die Parteien sind dem Gerichte zu Anstand und Gehorsam verpflichtet. Zur Wahrung dessen steht dem Richter eine Disziplinargewalt zu. Sie umfaßt das Recht, jene Personen, welche in Eingaben oder bei persönlichem Auftreten vor Gericht die diesem schuldige Achtung verletzen, zurechtzuweisen, von den Tagsatzungen nach Umständen zu entfernen, oder mit angemessenen Geld- oder Arreststrafen zu belegen; sie umfaßt das Recht zum Zwange bei Ungehorsam. Es sind Personen, welche auf eine Vorladung nicht erscheinen, neuerlich unter Androhung von Geld- oder Arreststrafen vorzufordern, nöthigenfalls durch Vollzug dieser Strafen zum Erscheinen zu zwingen, oder auch zwangsweise vorzuführen (§. 192 Gr. J.). Ein gleicher Zwang

Digitized by Google

ist auszuüben bei Verweigerung jener Handlungen, zu welchen die Personen geladen sind. Ausgeschlossen ist Zwang, wenn mit dem Ausbleiben andere rechtliche Folgen verbunden sind;[1]) das ist der Fall bei Ungehorsam der Streitparteien. Gezwungen werden also jene, welche das Gericht als Zeugen oder Sachverständige vorladet, der Mäkler, wenn er den dem Art. 77 H. G. B. entsprechenden Befehlen nicht nachkommt; die Prozeßpartei aber nur, wenn sie der Richter im Ehe-V. (§. 6) zu persönlichem Erscheinen verpflichtet.

Die Gerichte sind verpflichtet zu entsprechender Beschleunigung der Rechtshilfe, zur Ertheilung der jeder Partei nach ihrer Geburt, ihrer Stellung, oder nach besonderen Anordnungen gebührenden Benennung, zu anständiger Begegnung, und so oft es die Schicklichkeit, die körperliche Beschaffenheit, oder die Dauer der Verhandlung fordert, zur Erstattung eines Sitzes bei Gericht §. 191, 199 Gr. J. In allen diesen Beziehungen ist den Parteien Beschwerde bei der Justizaufsichtsbehörde vorbehalten.

II. Der Prozeß begründet einen Verkehr der Parteien unter einander. Verletzung des Anstandes in diesem Verkehr ist zugleich Mißachtung des Gerichtes, und als solche zu strafen.

Die Parteien sind nicht verhalten, sich die Prozeßführung zu erleichtern: sie sind im Gebrauche der Angriffs-, Vertheidigungs- und Rechtsmittel nicht beschränkt; „schuldhafte Parteihandlung" hat aber der Richter zu bekämpfen. Es erscheint als schuldhafte Parteihandlung die wissentlich unwahre Behauptung (Lüge) — bewußtes rechtswidriges Begehren (Calumnia) — und muthwillige Prozeßverzögerung (Chikane[2]). Die Mittel zur Bekämpfung der Widerrechtlichkeit im Prozesse sind Strafen und Präventivmaßregeln.

---

[1]) Klein: Schuldhafte Parteihandlung, 1885, S. 34: Ausgeschlossen ist Zwang, „wo sich das Gesetz gegen ein bestimmtes Äquivalent mit der Unthätigkeit zufrieden gibt".

[2]) Klein o. a. O. S. 107 f.

Digitized by Google

Strafen der Widerrechtlichkeit sind: a) das Verhalten des mit einer dinglichen Klage Belangten zur Herausgabe der Sache, deren Detention er vor Gericht geleugnet hat, sobald er dessen überwiesen ist, §. 376 b. G. B., vorbehaltlich des nun von ihm zu beweisenden Rechtes an dieser Sache.[3]) Die im §. 377 b. G. B. statuirte Rechtsfolge für jenen, qui liti se obtulit, resultirt aus der Irreführung. b) Geld- oder Arreststrafen, welche der Richter über die Partei oder deren Vertreter verhängt, wenn er in dem abgeführten Prozesse, oder in der Appellation oder Revision eine offenbare Widerrechtlichkeit, oder einen besonderen Muthwillen entdeckt, §. 409 (540) G. O., oder wenn sich Muthwille bei Nullitätsbeschwerden, §. 266 (347) G. O., beim Rekurse Hfd. v. 21. Juni 1784 Nr. 309, oder Mißbrauch der a. o. Revision ergibt, Hfd. v. 15. Feber 1833 Nr. 2593.

Als Präventivmaßregeln erscheinen: 1. der Kalumnieneid, d. i. der Eid zur Abwehr des Verdachtes bewußten Vorgehens mit unwahren Behauptungen und ungegründeten Anträgen. Er ist nur beibehalten in den §§. 48, 54 und 231 a. G. O., nach welchen zu schwören ist, daß das jetzt Vorzubringende früher nicht geflissentlich verschwiegen wurde,[4]) und 2. die aktorische Kaution, §. 406 (539).

Das Prozeßrecht kennt allerdings noch weitere Kautionen, allein diese dienen entweder: a) zur Begründung einer prozessualischen Begünstigung, — so der Exekution eines bedingten Urtheiles vor Ableistung des durch eine unterschriebene Eidesformel surrogirten Eides, §. 228 (302), der prov. Vorkehrung des

---

[3]) Der Beweis der geleugneten Detention begründet die Sachfälligkeit in dem anhängigen Prozesse, veranlaßt also kein Juzidenzverfahren (so Menger in Grünhuts Z. 7, S. 655), und keine Änderung des Klagebegehrens (so Stubenrauch: Kommentar zum b. G. B. I. 499).

[4]) Nippel zählt hierher noch den Restitutionseid gemäß §. 372 (489) G. O.

Digitized by Google

Arrestes, Verbotes und eventuell auch der Sequestration, §§. 277, 285, 293 (368, 377, 388) G. O., der Forderung des Wechselgläubigers vor Amortisation des Wechsels, Art. 73 W. O., der prov. Vorkehrungen nach §. 14 Best. und §. 10 Besitz. V., — oder b) zur Abwehr einer nachtheiligen Maßregel, so zur Behebung des prov. Arrestes, §. 280 (371) G. O., einer Exekution zur Sicherstellung, §. 7 und 12, V. v. 18. Juli 1859 Nr. 130, zur Abwehr weiterer Exekutionsakte in Betreff der Objekte einer Entpfändungsklage, Hfd. v. 29. Mai 1845 Nr. 889.

Über die Art der Sicherheitsleistung bestimmt die V. v. 18. Juli 1859 R. 130, daß die Sicherstellung durch Erlag von Baargeld oder auf der Börse notirten Staats- oder Werthpapieren, zu zwei Dritteln des Kurswerthes am Erlagstage berechnet, zu erfolgen habe, jedoch nur für den Fall der Abwehr einer Exekution zur Sicherstellung. Der §. 17 Wechs. V. gebietet Sicherstellung auf die im Art. 25 W. O. festgesetzte Art. Für die anderen Fälle ist die Art der Sicherstellung nicht bestimmt, daher bei Abgang einer Vereinbarung dem Ermessen des Richters anheimgestellt. Für Sicherstellungen, die im Privatrechte wurzeln (z. B. §. 341 b. G. B.), gelten die §§. 1373 und 1374 b. G. B.

§. 39.

Die aktorische Kaution.

Jeder Kläger, er sei In- oder Ausländer, soll schon mit der ersten Klage dem Beklagten annehmliche Sicherheit für die Gerichtsunkosten bestellen, ausgenommen wenn er in der Provinz,[1]) wo der Prozeß geführt wird, kundbar sattsam bemittelt ist,[2]) oder

[1]) G. U. 4604: „Provinz" ist das ganze unter einer Landesbehörde (Statthalterei) stehende Territorium.

[2]) Eine in das Handelsregister eingetragene Firma gilt dort, wo sich ihre Handelsniederlassung befindet, kundbar sattsam bemittelt, auch wenn sich die Handlung in Liquidation befindet. Ent. d. O. G. H. v. 14. Mai 1884 Spruchp. 2, 41 (anders die Ent. v. 1. Dez. 1881 Spruchp. 1, 64).

Digitized by Google

sich zum juramentum paupertatis erbietet, das er über Verlangen des Beklagten abzulegen hätte, §. 406, 407 (539). Kautionsfrei ist der Kläger, wenn ihm für den Prozeß das Armenrecht zuerkannt ist (G. v. 23. Juni 1878 R. 79). Der zur Klage Aufgeforderte ist deßwegen nicht von der Kautionsleistung frei;[3] ebensowenig derjenige, welcher ein Recht gegen eine Konkursmasse geltend macht,[4] ausgenommen wenn er als Konkursgläubiger mit dem Massenverwalter zu streiten hat (Hfd. v. 13. Feber 1795 Nr. 217), auch nicht der Konkursmassenverwalter als Kläger,[5] es wäre denn, daß die Masse aktiv ist.

Die Klagekaution entfällt im Bag. V. (§. 88), im summarischen Besitzstörungsverfahren,[6] und wohl auch in Ehestreitigkeiten. Im Exekutiv-,[7] Mandats- und Wechselmandatsprozesse[8] erscheint die beurkundete Forderung als Bekundung sattsamer Bemittlung.

Die aktorische Kaution soll nach §. 406 a. G. O. schon mit der ersten Klage bestellt werden; da sich aber die Praxis vorlängst mit der Erklärung der Bereitwilligkeit zur Bestellung aktorischer Kaution begnügte, erkennt der O. G. H.[9] mit Recht, daß die Klage bei Unterlassung der Anbietung aktorischer Kaution nicht von Amtswegen zurückzuweisen sei. Es ist also dem Beklagten vorbehalten, vor der Einlassung in den Streit

---

[3]) Ent. v. 11. Juli 1877, Sp. R. 95, G. U. 6698 (anders 7134).

[4]) Schrutka: Praktische Fragen IX.

[5]) Anders unter Berufung auf §. 11 K. O. die Ent. v. 13. Mai 1873, Sp. R. 50. Verg. Menger in Grünhuts Zeitschr. 7, S. 673, Schrutka a. a. O.

[6]) Kaution ist in dem bezüglichen Spezialgesetz nicht erwähnt. So auch G. U. 4053, 7391, 7565. Anders Schrutka a. a. O.

[7]) Anders G. U. 2351, 7504.

[8]) Ent. v. 5. Sept. 1883, Jur. Bl. 1884: 3.

[9]) Ent. v. 13. Feber 1878, Sp. R. 97, G. U. 3981, 7059, 7124 (anders 5976).

Digitized by Google

aktorische Kaution zu verlangen.[10]) Das diesfällige Ansuchen berechtigt, die Einlassung in den Streit zu verzögern. Der nach Vernehmung beider Theile erlassene Auftrag, Sicherheit zu leisten, befreit den Beklagten bis zur Bestellung der Sicherheit von der Streiteinlassung. (S. §. 84.)

Erweist sich die bestellte Sicherheit unzulänglich, so kann der Beklagte mehre Sicherheit begehren, doch soll dieser Nebenstreit die Hauptsache nicht hemmen, §. 408 a. G. O., daher in dem Bescheide auf mehre Sicherstellung eine Leistungsfrist zu bestimmen ist, nach deren Verlauf zwangsweise Beitreibung der Sicherstellung zulässig erscheint.

§. 40.

Die Prozeßkosten.*)

I. Die Prozeßführung veranlaßt Kosten, u. z. Auslagen für die Thätigkeit des Gerichtes (Gebühren und Ersatz von Reisekosten der Gerichtspersonen), und außergerichtliche Kosten (Vergütung an Zeugen, Entlohnung der Experten und des Advokaten, Reisekosten der Partei, Auslagen für urkundliche Beweise u. s. w.).

Diese Kosten bestreitet zunächst jene Partei, welche sie durch ihre Prozeßthätigkeit veranlaßt, doch hat sie der in dem abgeführten Rechtsstreite Sachfällige dem Gegentheile zu vergüten, §. 398 (529), u. z. in allen Fällen §. 24 Pr. N. (absolutes Ersatzprinzip im Gegensatze vom Schuldprinzip).[1]) Die Verpflichtung zum Kostenersatze ist also nicht eine Strafe der Kalumnia, sie ist nicht auf eine zivilrechtliche Entschädigungspflicht zurückzuführen,

---

[10]) Solches bestimmt auch §. 539 der g. G. O., er erklärt aber auch, daß das Anlangen des Beklagten die Hauptsache nicht hemme.

*) Wetzel S. 562. — Waldner: Prozeßkosten 1883. — Kornitzer: Ger. Zt. 1885: 41.

[1]) Vergl. die Ent. v. 29. April 1884, Ger. H. 1885: 39; dem Belangten gebührt der Ersatz der Gerichtskosten auch dann, wenn die Verhandlung wegen offenbarer Nichtigkeit aufgehoben wurde.

Digitized by Google

sondern die prozeßrechtliche Folge der Sachfälligkeit. Muthwillen bei der Prozeßführung hat, abgesehen von Strafe, nur nach richterlichem Ermessen auf das Maß des Kostenzuspruches Einfluß.

Eine Ausnahme vom Kostenzuspruch hat statt nach §. 25 Pr. N., wenn jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt. Für diesen Fall ist gestattet: a) die Kosten gegenseitig aufzuheben (sog. Kostenkompensation), b) sie verhältnißmäßig zu theilen. Doch kann auch in diesem Falle der volle Kostenersatz auferlegt werden, wenn die Partei nur mit einem geringfügigen Theile unterlegen ist, dessen Geltendmachung besondere Kosten nicht veranlaßt hat.

Diese Grundsätze über Kostenzuspruch und Kostenausgleichung gelten auch für die Entscheidungen der Gerichte zweiter und dritter Instanz, §. 26 Pr. N. Die Beschwerden gegen Entscheidungen der ersten Instanz vermehren lediglich die Prozeßkosten, die Kostenfrage ist aber im gesammten Umfange von der Entscheidung der höheren Instanz in der Hauptsache abhängig; nach Maßgabe dieser Entscheidung hat die höhere Instanz die Kosten aller Instanzen ganz oder theilweise zuzusprechen oder auszugleichen.[2])

Kosten, welche eine Partei ohne zureichenden Grund veranlaßt, hat sie selbst zu tragen. Es trägt die beiderseitigen Kosten des Rechtsmittels derjenige, welcher es ohne justa causa und auch ohne Erfolg einlegt; — es trägt die Kosten der Klage der Kläger selbst, wenn der Beklagte den Anspruch nicht negirt, die materielle Leistung nicht verweigert, also zur Klage keinen Anlaß gegeben hat und sohin den Klageanspruch sofort anerkennt.[3]) Ein friedlicher Realisirungsversuch muß der Klage nicht vorausgehen.

---

[2]) Ent. v. 26. Mai 1875 Sp. N. 79.

[3]) Anerkannt für Entpfändungsklagen in der Ent. vom 12. März 1884, Spruchp. 1, 230.

Digitized by Google

II. Die Kosten eines Zwischenstreites gelten regelmäßig als ein Theil der Kosten des Hauptprozesses. In einzelnen Fällen ist über diese Kosten selbstständig zu entscheiden, u. z. nach der Regel des §. 24 Pr. N., soweit nicht besondere Bestimmungen gelten, welche durch die Regel des §. 24 Pr. N. nicht aufgehoben erachtet werden dürfen. Es trägt

a) die Kosten der Verlegung einer Tagsatzung jene Partei, welche sie durch einseitige Verhinderung oder einseitiges Verschulden veranlaßt. Die Norm gibt §. 15 Pr. N.; Anwendung findet sie bei Verlegung α) wegen Klagenachtrages, §. 21 a. G. O. u. Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620; — β) wegen nicht rechtzeitiger Mittheilung der in der Klagebeantwortung gebrauchten brieflichen Urkunden, §. 25 (23); — γ) in Folge einseitigen Ausbleibens, §. 29 a. G. O.

b) die Kosten einer begründeten negativen Äußerung auf Fristgesuche der Erstreckungswerber, Analogie des §. 15 Pr. N.

c) die Kosten der Wiedereinsetzung bei verstrichener Fallfrist der Einsetzungswerber, Pat. 1. Juli 1790 Nr. 31.[4]) Diese Regel ist auch anzuwenden bei Rechtfertigung des Ausbleibens bei einer Tagsatzung §. 33 (29).[5]) — Die Kosten des Neuerungsgesuches sind der Entscheidung in der Hauptsache vorzubehalten,[6]) über die Kosten eines diesfälligen Streitverfahrens ist separat zu erkennen (Ref. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489 u. Hfd. v. 27. Sept. 1792 Nr. 53),[7]) u. z. nach der Regel des §. 24 Pr. N. — Gleiches gilt für die Restitutionsklage wegen neu aufgefundener Beweise.

Die Kosten des Gesuches um Bestellung aktorischer Kaution und der Verrechnung der Parteien hierüber trägt der Kläger, welcher hierdurch lediglich zur Erfüllung seiner Pflicht verhalten wird; für die Kosten eines Streites über die Kaution ist der

[4]) Ent. v. 31. Jänner 1875, Sp. N. 78.
[5]) Ent. v. 10. Juli 1884, Ger. Zt. 1884: 40.
[6]) Ent. v. 19. August 1885, Ger. H. 1885: 43.
[7]) G. U. 5974, 6685.

Digitized by Google

Streiterfolg entscheidend;[8]) gleichviel, ob der Streit die Kautionspflicht oder nur die Höhe der Kaution betrifft.[9])

Die Kosten einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse vor Beginn des Rechtsstreites, einschließlich die Kosten der Intervention des Gegners, trägt der Beweisführer; erfolgt eine solche Beweisführung im Zuge des Verfahrens, so sind die beiderseitigen Kosten der Endentscheidung vorzubehalten.[10])

Den Ersatz der Kosten des Rekurses, Hfd. v. 11. Sept. 1787 Nr. 716, und der Nullitätsbeschwerde, §. 264 (345), leistet der Richter, wenn ihn ein Verschulden trifft: den Ersatz der Kosten der Wiedereinsetzung bei schlechter Vertretung der schuldtragende Rechtsfreund, Pat. v. 1. Juli 1790 Nr. 31.

III. Die Bestimmungen über Kostenzuspruch gelten für alle Prozeßparteien, also auch für den Fiskus (Hfd. v. 27. Dez. 1782 Nr. 110 u. 3. März 1785 Nr. 393), für die Liquidirungsklagen gegen die Konkursmasse und die Gläubigerschaft §. 131 Kon. O., für die Partei mit Armenrecht, und für jene Partei, für welche ein Kurator den Prozeß führt. Wird der Gegner der armen oder abwesenden Partei ganz oder theilweise zum Kostenersatze verhalten, so hat er auch dem Ärar die Stempel und Urtheilsgebühren, von deren Erlag die Partei befreit war, zu vergüten. (An. 1. zu T. P. 75 des Gebühren-G. v. 9. Feber 1850 R. 50 und T. P. 75 lit. o des G. v. 13. Dez. 1862 R. 89.[11])

---

[8]) Waldner a. a. O. S. 99, Ent. v. 17. August 1883, Spruchp. 2, 42.

[9]) Ent. v. 7. Juli 1885, Sp. R. 126.

[10]) So auch die Ent. v. 19. Novbr. 1883, Ger. Zt. 1884: 94. — Waldner a. a. O. S. 75 will den Kostenausspruch immer suspendirt wissen. — Die Entscheidungen v. 13. Aug. 1878 u. v. 24. Sept. 1884 Spruchp. 1, 170 u. 2, 100, ferner die Entsch. v. 4. Feber 1885, Ger. Zt. 1885: 23 und v. 10. März 1885, Ger. Z. 1885: 43, verhalten schlechthin den Probanten, die Kosten, u. z. auch die Kosten der Intervention des Probaten zu tragen.

[11]) Die Kosten des für einen Abwesenden oder für unbekannte Theilnehmer bestellten Kurators ersetzt die Gegenpartei, wenn sie zum Ersatz der Prozeßkosten verurtheilt ist. Ent. v. 4. Novbr. 1873, Sp. R. 60.

Digitized by Google

Den Vertretungsleister berührt die Kostenfrage nur in Betreff seiner selbstständigen Prozeßthätigkeit. Streitgenossen ersetzen die Prozeßkosten bei gleichmäßiger Betheiligung am Rechtsstreite nach Kopftheilen,[12]) u. z. auch bei Gesammtschuldverhältnissen,[13]) ausgenommen, sie sind zu solidarischer Haftung für diese Prozeßgebühr (durch Vertrag, durch Gesetz ar 112 H. G. B.) verpflichtet. Bei ungleichmäßiger Betheiligung der Streitgenossen sind die Kosten verhältnißmäßig zu theilen.

IV. Der Kostenzuspruch setzt voraus: 1. daß solcher Zuspruch begehrt werde, u. z. durch Vorlage eines detaillirten Verzeichnisses der Kosten, §. 403 (536); — 2. daß die liquidirten Kosten a) der Partei wirklich erwachsen seien im Zuge des Verfahrens oder vor Einleitung desselben;[14]) doch darf die Partei für Schriften, welche sie selbst verfaßt, oder ein Advokat in eigener Sache verfertigt, die nämliche Gebühr aufrechnen, wie wenn sie ein Dritter verfaßt hätte, §. 404 (537),[15]) und b) daß sie zu zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren, §. 24 Pr. N., worüber der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden hat. Die durch Beiziehung von Advokaten erwachsenen Kosten sind stets als zweckentsprechend zu behandeln, selbst wenn für das Verfahren Advokatenzwang nicht gilt.[16])

---

[12]) Ent. v. 17. April 1883 Spruchp. 1, 63 u. v. 7. Aug. 1883 ebenda 1, 119 (anders die Ent. v. 1. Mai 1883 ebenda 1, 64).

[13]) Lippmann: Die solidarische Haftung wegen der Prozeßkosten im Archiv f. z. P. 67, 440: Prozeßkostenpflicht ist ein Accessorium des Prozesses, nicht des in demselben geltend gemachten Anspruches S. 462. — Anders G. U. 5001.

[14]) „Vorprozessualer Aufwand," nämlich Kosten friedlicher, außergerichtlicher Realisirungsversuche und vorbereitender Prozeßaufwand, Waldner a. a. O. S. 67.

[15]) Für verfaßte, aber nicht eingereichte Schriften gebührt kein Ersatz, Ent. v. 4. Feber 1885 Spruchp. 2, 165.

[16]) Vgl. gegen §. 77 der Vorlage einer Z. P. O. v. J. 1867 die Motive zum Bag. V. S. 27.

Digitized by Google

Auf die Prozeßkosten hat der Richter bei der Fällung der Entscheidung in der Streitsache von Amtswegen Bedacht zu nehmen, §. 402 (535); daher sind sie von der Partei zu dieser Entscheidung, also wenn der Kläger ein Mandat anstrebt, schon in der Klage, sonst aber am Schlusse des Verfahrens zu liquidiren, u. z. bei Verlust des Kostenzuspruches, §. 403 (536).[17])

Soweit über die Kosten einer Zwischenverhandlung abgesondert zu entscheiden ist, sind die Kosten bei sonstigem Verlust am Schlusse des Zwischenstreites zu liquidiren. Arg. §. 402 (535).

In dem Beiurtheile auf Zeugen- und Sachverständigenbeweis ist der Ausspruch über die Prozeßkosten dem Endurtheile vorzubehalten (Hfd. vom 22. Juni 1835 Nr. 42). Die Kosten des Beweisverfahrens sind spätestens bei der Inrotulirung zum Endurtheile zu liquidiren.[19])

Die Entscheidung über die Prozeßkosten ist auch maßgebend für die dem Urtheile nachfolgenden mit dem Prozeß konnexen Kosten, so für die Kosten der Eidesleistung, für die Kosten der Exrotulirung,[19]) für die Kosten der Löschung der Streitanmerkung.[20]) — Diese nach dem Endurtheile erwachsenden Kosten sind sofort in der bezüglichen Eingabe, bez. bei der bezüglichen Verhandlung zu liquidiren. Die Kosten der Zwangsvollstreckung sind nicht Prozeßkosten, sondern Folge der Nichterfüllung der festgestellten Leistung; sie werden gewöhnlich, aber nicht nothwendig in dem Gesuche um einen Vollstreckungsakt liquidirt.

Eine Mäßigung der liquidirten Kosten §. 403 (536) vollzieht der Richter, wenn sie übermäßig oder nicht zweckentsprechend erscheinen; der Zuspruch lautet auf einen bestimmten

---

[17]) So auch Menger: System S. 301 Note 16, u. derſ. in Grünhuts Zeitschrift 7, 663; — dagegen Canstein in der krit. Viertelj. 19. 65 und Lehrbuch I. 521.

[18]) Für Theilurtheilen im Bag. V. gilt §. 76 Bag. V.

[19]) Pl. Ent. v. 18. Juli 1876, Ger. Zt. 1876: 95.

[20]) Ent. v. 5. Dezbr. 1876 Z. 14294.

Digitized by Google

Geldbetrag, niemals auf Ersatz im Allgemeinen gegen nachträgliche Liquidation.

§. 41.

Das Armenrecht.*)

Auf das Armenrecht im Prozesse hat jener Inländer Anspruch, welcher aus seiner Realität, seinem Kapitale, seiner Rente, oder durch Arbeit oder Dienst nicht mehr als den an seinem Wohnorte üblichen Taglohn bezieht (Hfkzd. v. 26. Juli 1840 Nr. 457), ein Ausländer nur im Falle und nach Maßgabe der Reziprozitätsverträge.[1]) Das Zeugniß über die Mittellosigkeit fertigt die politische Behörde ausdrücklich zum Zwecke der Erwirkung des Armenrechtes aus; Beschwerden wegen Verweigerung und Anzeigen über Erschleichung erledigen die polit. Behörden.[2])

I. Auf Grund eines solchen Zeugnisses bewilligt das Armenrecht regelmäßig jenes Gericht, bei welchem der Prozeß anhängig ist, oder anhängig gemacht werden soll. Über den Rekurs wegen Verweigerung entscheidet das O. L. G. im Einvernehmen mit der Finanzdirektion, bei Abgang einer Übereinstimmung der O. G. H. im Einvernehmen mit dem Finanzministerium (Hfd. v. 27. März 1846 Nr. 949).

Das anerkannte Armenrecht bewirkt:

1. die Befreiung von der aktorischen Kaution, und von dem Paupertätseid (G. v. 23. Juni 1878 R. 79);

2. die Befreiung von den Prozeß- und Urtheilsgebühren (Zusatz o zu T. P. 75, G. v. 13. Dez. 1862 R. 89);

---

*) Wetzell: S. 327.

[1]) Starr: Rechtshilfe in Österreich S. 19. Vergl. die Übereinkunft mit Frankreich v. 15. Mai 1879 R. 43 ai 1880 und mit der Schweiz vom 8. Jänner 1884 R. 137.

[2]) Die Verhandlung über Erschleichung hindert den Fortgang des Prozesses nicht, Ent. v. 9. April 1885, Ger. Zt. 1885: 22.

Digitized by Google

3. die Bestreitung der Diäten der Gerichtspersonen, der Reise- und Zehrungskosten der Zeugen und des officiösen Vertreters, der Entlohnung der Experten, und der Kosten der Edikte aus der gerichtlichen Vorschußkassa. Ein Verzeichniß dieser Vorschüsse ist von dem Gerichte dem Gebührenamte zu übermitteln (J. M. E. v. 8. Feber 1853 R. 110), welches den Vorschuß eintreibt, wenn die arme Partei Zahlungsmittel erlangt;

4. die Portofreiheit für die Korrespondenz der Behörden unter einander, des Gerichtes mit der Partei und dem offiziösen Vertreter, und des letzteren mit dem Gerichte. Diese Korrespondenz ist von Außen als, die Armensache des N. betreffend, zu bezeichnen. G. v. 2. Okt. 1865 R. 108, ar II Z. 13. Von der Verzeichnung und Eintreibung dieser Gebühren ist es abgekommen (M. E. v. 27. Juni 1850 R. 263).

II. Soll die arme Partei von einem Advokaten unentgeltlich vertreten werden, so erfolgt die Bewilligung und Bestellung des Vertreters von dem Ausschusse der Advokatenkammer, in deren Sprengel der Prozeß zu führen ist. Mit der Bewilligung des unentgeltlichen Vertreters gelten die oben genannten Wohlthaten des Armenrechtes zugestanden. Kein Advokat ist verpflichtet, eine Vertretung unentgeltlich zu besorgen in Rechtssachen, für welche vom Gesetze Advokatenzwang nicht vorgeschrieben ist. Bei Verweigerung des Armenvertreters steht der Partei, bei Bewilligung dem bestellten Vertreter Beschwerde an das O. L. G. zu, welches endgiltig entscheidet, §. 16 Adv. O.

Das Armenrecht übergeht nicht auf die Erben; bei Streitgenossenschaft haben die vermögenden Theile die Gebühren für die armen Genossen zu entrichten (Hfd. v. 26. Juli 1840 Nr. 457). Das Armenrecht gilt für den ganzen Prozeß, einschließlich die Exekution, (J. M. E. v. 6. Juni 1856 Z. 12022); doch ist es von der zur Verleihung berechtigten Behörde zu entziehen, wenn die Vermögensverhältnisse der Partei sich bessern.

Digitized by Google

Das Armenrecht ändert nichts an der Entscheidung über die Prozeßkosten; die arme Partei wird zu deren Ersatz verurtheilt, und erstegt den Ersatz. Wird der gebührenpflichtige Gegner der armen Partei zum Ersatze der Prozeßkosten verhalten, so hat er der Gefällskassa jenen Gebührenbetrag zu vergüten, welchen die arme Partei hätte aufwenden müssen, worüber vom Gericht dem Gebührenamte ein Verzeichniß zugleich mit einer Abschrift des Erkenntnisses zuzumitteln ist (F. M. E. v. 31. Aug. 1858 R. 137 u. 20. Dez. 1862 R. 102 Ab. 9). Dem offiziösen Vertreter gebührt ein Honorar, wenn die arme Partei aus der Vertretung zu Zahlungsmitteln gelangt, doch erst nach der Zahlung an das Ärar, §. 16 Adv. O.

Für den Streittheil, dessen Aufenthalt nicht bekannt ist, und der keine Zahlungsmittel zurückgelassen hat, führt ein Kurator den Rechtsstreit gegen Vormerkung der Gebühren, §. 29 Geb. G.

§. 42.

Die Klagenhäufung.*)

A. Objektive Klagenhäufung.

Der Kläger kann mehre Klageansprüche (mehre Gegenstände einer Rechtsführung) gegen denselben Beklagten in derselben Klageschrift geltend machen (objektive Klagenhäufung), wenn: a) das Gericht für alle Klageansprüche kompetent ist. Am Standorte der Handelsgerichte (Senate), bez. Handelsbagatellgerichte, können die, diesen zufallenden Rechtssachen nicht bei dem für die allgemeine Gerichtsbarkeit bestellten Gerichte angebracht werden, §. 58 J. N.; für die Kompetenz der städt. deleg. Bezirksgerichte ist die Gesammtsumme der Ansprüche, bez. Schätzungsbeträge entscheidend, §. 15 J. N.; — b) die Klageansprüche sich zu demselben Verfahren eignen. Ist für einen Anspruch ein bestimmtes Verfahren geboten, so darf er diesem Verfahren nicht entzogen,

*) Wetzell: S. 824; Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, 1844.

Digitized by Google

noch dürfen andere Rechtssachen damit verbunden werden, §. 5 Besitz-V.; — c) die Ansprüche unter sich einen Zusammenhang haben, d. i. ex eodem facto entsprungen sind, §. 4 und §. 40 G. O. Die Ausfertigung einer Urkunde über verschiedene Geschäfte begründet an sich nur eine Einheit im Beweismittel, nicht aber den geforderten genetischen Zusammenhang; doch gestattet die Praxis in diesem Falle, und auch, wenn sich mehre Rechtsbeziehungen als Ergebniß einer Geschäftsverbindung u. dergl. zusammenfassen lassen, objektive Häufung.[1])

Die Klageschrift, welche eine unzulässige objektive Klagenhäufung enthält, ist vom Richter sofort zur Theilung zurückzuweisen. Ist das auch über Rekurs des Beklagten gegen den Klagebescheid nicht geschehen, so hat gemeinsame Verhandlung über alle Ansprüche statt, und ist der Richter zu einer Trennung der Verhandlung nicht berechtigt. Nur im Bag. V. umfaßt das Prozeßleitungsrecht auch die Befugniß, eine abgesonderte Verhandlung der in der Klage vereint erhobenen Ansprüche zu verfügen; dort ist daher auch objektive Klagenhäufung bei Abgang thatsächlichen und rechtlichen Zusammenhanges zugelassen, §. 12 und §. 24 Bag. V.

Ein mehrfaches Begehren aus demselben Faktum (z. B. auf Leistung und Schadenersatz) begründet keine Häufung, ebensowenig mehrfache Begründung desselben Anspruches (prinzipale und eventuelle Klage.[2])

B. Subjektive Klagenhäufung.

I. Das Auftreten mehrer Kläger oder mehrer Beklagten in demselben Rechtsstreite nennt man subjektive Klagenhäufung, Streitgenossenschaft, obwohl die Mitkläger und Mitbeklagten

[1]) Menger: Prozeßparteien in Grünhuts Z. 7, S. 681 anerkennt die Berechtigung zur Klagenhäufung in allen Fällen, wo sich die Betheiligten das Rechtsgeschäft, auf welchem die Klage beruht, als eine juristische oder wirthschaftliche Einheit gedacht haben.

[2]) Über materiellrechtliche Klagenkonkurrenz Unger: System 2, 386.

Digitized by Google

nicht nothwendig gemeinsam streiten, und auch nicht nothwendig una eademque litis sorte conjuncti sunt. Die Streitgenossenschaft ist die Verbindung mehrer Prozesse zu einem Verfahren. Sie ist eine aktive, wenn mehre Kläger, eine passive, wenn mehre Beklagte sind.

Mehre Personen können als Streitgenossen klagen und geklagt werden, a) wenn sich die verbundenen Ansprüche zu demselben Verfahren eignen; b) wenn für die verbundenen Ansprüche dasselbe Gericht kompetent ist (s. oben §. 30); c) wenn ein Zusammenhang der Klagen besteht, aus welchem sich ein gemeinsamer Streitpunkt ergibt. Dieser Zusammenhang wird begründet durch die Einheit des Entstehungsgrundes, §. 4 G. O., aber auch durch eine Rechtsgemeinschaft (§§. 890, 891 b. G. B., Miteigenthum, Mitbesitz),[3]) nicht auch durch rechtliche Gleichartigkeit des Klagegrundes, oder durch Indentität des Beweismittels. Es dürfen insbesondere mehre Personen, welche durch dieselbe Ereignung auf einer Eisenbahn geschädigt wurden, den Ersatz in derselben Klageschrift geltend machen (G. v. 5. März 1869 R. 27).

Die Streitgenossenschaft wird von der Klageseite begründet, indem ein Kläger Mehre gemeinsam zu klagen sich entschließt, oder mehre Personen zu gemeinsamer Klage sich verbinden. Der Richter kann, vom Bag. V. (§. 24) abgesehen, abgesondert angebrachte Klagen nicht zu gemeinsamer Verhandlung verbinden, er kann für gehäufte Klagen nicht gesonderte Verhandlung anordnen, er kann dritte Personen zur Theilnahme als mitstreitende Theile nicht laden;[4]) nur wenn die Klagenhäufung mit genetischem

[3]) Eine Klage gegen Mehre, daß sie zur Zeit der Konkurseröffnung über das Vermögen der Vorschußkassa Mitglieder dieser Genossenschaft m. u. H. waren, und auf Solidarzahlung eines bestimmten Geldbetrages ist zulässig, Ent. v. 28. August 1884, Spruchp. 2, 35.

[4]) Die sog. Adzitation, Bayer: Vorträge 1865 S. 142, ist von der Theorie jeder Grundlage entbehrend erkannt, und dem österr. R. fremd geblieben.

Digitized by Google

Zusammenhang begründet wird, kann er bei Abgang dieses Zusammenhanges die Klage zur Absonderung zurückweisen. — Der Beklagte ist zur exceptio plurium litis consortium nicht berechtigt, d. h. er kann die Antwort auf die Klage nicht verweigern, bis mehre gemeinsam klagen, oder mit ihm noch andere geklagt werden. Es ist eine so geartete Vertheidigung entweder Bestreitung der Klagelegitimation, oder Behauptung, daß Kläger zu viel fordere, und keiner dieser Umstände berechtigt zur Streitablehnung. Streitgenossenschaft wird überdies begründet durch Sukzession mehrer Personen in eine Parteirolle. Die Streitgenossenschaft ist also immer eine unfreiwillige für die Beklagten und den Richter, sie ist aber eine freiwillige für die Kläger.

II. Die Streitgenossenschaft bewirkt die Verhandlung mehrer Rechtsstreite in einem Verfahren. Die Streitgenossen prozessiren formell gemeinsam; es prozessirt aber jeder für sich, eventuell also jeder in verschiedener Weise und mit verschiedenem Erfolg.

Jeder Streitgenosse ist so zu beurtheilen, als ob er allein mit dem Gegner streiten würde. Daraus folgt: a) daß jeder Streitgenosse für sich zu Allem befugt ist, was ihm im Einzelnprozesse zusteht; er kann die ihm zustehenden besonderen Angriffs- und Vertheidigungsmittel gebrauchen und sich eines besonderen Advokaten bedienen (Hfd. v. 23. Aug. 1799 Nr. 474). Die Handlungen, mit welchen ein Streitgenosse über das Streitobjekt, oder über Parteirechte verfügt (Rücktritt von der Klage, Submission, Verzicht auf Beweis, auf Eid), haben nur für diesen Streitgenossen Wirkung; b) daß das Urtheil alle Streitgenossen umfassen muß (Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306). Für jene Streitgenossen, welche im Urtheile nicht genannt sind, wird das Urtheil nicht rechtskräftig; c) daß die Entscheidung für jeden Streitgenossen verschieden lauten kann.

Eine Ausnahme gilt, wenn das Streitverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann (materielle Streitgenossenschaft). In diesem Falle

Digitized by Google

einer nothwendig einheitlichen Entscheidung ist bei abweichendem Verhalten und Vorbringen Jenes als entscheidend zu behandeln, was für alle Streitgenossen dieser Prozeßseite günstiger ist. In diesem Falle wird auch der Eid des einen Streitgenossen für die anderen erheblich.

III. Aus der Einheit des Verfahrens folgt:

1. die Einheit des Gerichtsstandes für mehre Beklagte,

2. die Einheit der Klage. Mitkläger haben ihre Ansprüche in derselben Klage geltend zu machen und jenen zu benennen, welchem fortan die Erledigungen zuzustellen sind. Werden mehre gemeinsam geklagt, so ist die schriftliche Klage dreifach einzureichen mit zweifacher Abschrift der Klagebeilagen, und je einer Rubrik für jeden Mitbeklagten. Der Klagebescheid ist auf der dreifachen Klageschrift und den Rubriken auszufertigen, eine Klageausfertigung ohne Beilagen dem Kläger, die zweite unter Beischluß der Abschriften der Beilagen dem Erstbeklagten, jedem Mitbeklagten aber eine Rubrik zuzustellen, und eine Klageausfertigung mit Beilagen bei Gericht zurückzubehalten. Die nicht so ausgefertigte Klage ist zur Verbesserung zurückzuweisen (V. v. 12. Mai 1852 R. 112). Wird die Klage zu Protokoll erhoben, so ist dem Erstbeklagten ein vollständiger, jedem Mitbeklagten und dem Kläger ein, die Bestandtheile eines Klagerubrums umfassender Protokollsauszug zuzustellen; dem Kläger ist überlassen, Abschriften der Beweisurkunden für das Gerichtsprotokoll und für den Erstbeklagten beizubringen.

Der Klagebescheid erhält die Zusätze: a) daß jedem Mitbeklagten freistehe, das Extensum der Klage und die Klagebeilagen bei Gericht, oder bei dem Erstbeklagten einzusehen (V. v. 12. Mai 1852 R. 112); — b) daß die Beklagten einen gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen haben, widrigens die weiteren Erledigungen an jenen Beklagten, welcher Antwort geben wird, wenn mehre Antwort geben, an den in der Klage früher genannten Beklagten, eventuell an den Erstbeklagten, zugestellt würden. (Hfd. v. 5. März 1847 Nr. 1042.)

Digitized by Google

3. Einheit der Streitverhandlung. Es ist bei protokollarischer Verhandlung für alle Streitgenossen dieselbe Tagsatzung, im schriftlichen Verfahren zur Erstattung der gemeinschaftlichen Satzschrift dieselbe Frist zu bestimmen, speziell für die Einrede die aus dem Aufenthalte eines der Streitgenossen sich ergebende längste Frist, §. 3 Pr. N. Jede in den Verhältnissen eines Streitgenossen gegründete Erstreckung der Tagsatzung und Verlängerung der Frist kommt allen Streitgenossen zu statten. Würden trotzdem die Streitgenossen abgesonderte Schriften überreichen, so wäre das zu rügen, die Einheit des Verfahrens aber durch Zuweisung der Theilschriften zu gemeinsamer Beantwortung herzustellen.[5]) Mit Bedacht darauf ist, wenn ein Streitgenosse die Satzschrift einbringt, ein anderer aber um Verlängerung der noch offenen Frist ansucht, die vorliegende Schrift dem Prozeßgegner zur Beantwortung zuzumitteln mit dem Beisatz, daß die Frist zur Antwort laufe von der Zustellung der noch zu erwartenden Ergänzungsschrift, bez. vom Ablauf der hierzu bewilligten Frist (Anal. d. Hfd. v. 23. Juli 1789 Nr. 1038). — Besteht keine Interessendifferenz, so verhandeln die Streitgenossen wie eine Person.

4. Einheit des Urtheils für alle Streitgenossen (Hfd. v. 23. Aug. 1799 Nr. 474), einheitliches Beweis- und Rechtsmittelverfahren.

Die Entscheidung kann für die Streitgenossen verschieden lauten in Folge der Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses, und auch in Folge verschiedenen Verhaltens im Prozesse. Eine Verschiedenheit der Entscheidung im Falle partieller Kontumaz schließt das Gesetz aus; es statuirt eine Verbindung der Streitgenossen für den Fall der Kontumaz einzelner Streitgenossen. Es bestimmt das Hfd. vom 23. Aug. 1799 Nr. 474, daß Streitgenossen ihre Rechte nur in einer und der nämlichen Satzschrift ausführen können, „wodurch

[5]) Ent. v. 16. Sept. 1884, Ger. Z. 1885: 4.

Digitized by Google

sich ergibt, daß bei Erstattung nur einer gemeinschaftlichen Satzschrift sich eine Kontumaz des einen oder andern" nicht ergeben kann, — und Hfkzd. v. 4. Sept. 1801 Nr. 535, daß jene Streitgenossen, welche nicht insbesondere Rede und Antwort geben, dafür geachtet werden, daß sie sich mit demjenigen verstehen, welcher der erste benannt ist, und der über die Klage Rede und Antwort gibt. Es wird also ohne Unterscheidung, ob das Sachverhältniß für alle Streitgenossen dasselbe ist, angenommen, daß der Antwortende die Nichtantwortenden repräsentire.

Das gilt, wenn nicht eben der erstgenannte, sondern ein später genannter Beklagter Antwort gibt; es gilt auch für die Rechtsmittelinstanz, wenn derjenige das Rechtsmittel ergreift, welcher schon in erster Instanz als Repräsentant gegolten hat; es gilt auch für Verzichtshandlungen, welche der Antwortende vornimmt (also nicht für Submission, für den Vergleich über die Streitsache);[6] es gilt nur insolange, als die übrigen Streitgenossen nicht selbst thätig werden.

IV. Besonderes gilt im Wechsel- und Mandatsprozesse.

Im Wechselprozesse gründet sich die Streitgenossenschaft darauf, daß der Wechsel die Grundlage verschiedener Verpflichtungserklärungen ist, welche Solidarhaftung erzeugen.[7] Für das Verfahren gilt Folgendes: a) der Gerichtsstand für mehre Beklagte bestimmt sich nicht nach §. 41 J. N, sondern nach §. 4, V. v. 25. Jänner 1850, R. 52; — b) für jeden Beklagten ist, auch wenn Mandat nicht angesucht wird,[8] eine vollständige Klageausfertigung sammt Abschriften aller Beilagen zu überreichen. Eine Rückstellung der unvollständig ausgefertigten Klage hat nicht statt; der Richter verordnet die Zustellung der Klage sammt Bei-

[6] G. U. 5241, Vertretung gelte auch für den Vergleich; anders G. U. 7739.

[7] Canstein: Lehrbuch I, S. 458, nimmt eine uneigentliche Streitgenossenschaft an, die auf äußerer Konnexität (Einheit der Urkunde) beruhe.

[8] Ent. v. 25. Nov. 1884, Ger. Z. 1885: 50.

Digitized by Google

lagen nach der Reihenfolge, in welcher die Beklagten genannt sind; für jene Beklagten, welchen eine vollständige Klageausfertigung nicht zugestellt werden kann, ist die Klage ohne Wirkung.

Fehlen die Voraussetzungen für das Mandat, so ordnet der Richter Tagsatzung zur Verhandlung nach Wechselrecht an, und gelten für dieses Verfahren die allgemeinen Bestimmungen über Streitgenossenschaft.

Wird die Klage mit Mandat erledigt, so wird dieses für jene Beklagten rechtskräftig, welche nicht rechtzeitig Einwendungen einbringen;[9]) über die von mehren Beklagten eingebrachten Einwendungen ist abgesonderte Verhandlung anzuordnen, wenn die mehren Beklagten nicht gemeinschaftliche Einwendungen eingebracht haben.

Im Mandatsprozesse gilt für Mitbeklagte eventuell der Gerichtsstand des §. 41 J. N. Fehlen die Voraussetzungen für das angesuchte Mandat, so hat der Richter das der Streitsache entsprechende gewöhnliche Verfahren einzuleiten. Wird ein Mandat erlassen, so ist wie im Wechselverfahren jedem Beklagten eine vollständige Klageausfertigung mit dem Mandate zuzustellen, wofür der Kläger bei Überreichung der Klage unter dem im Wechselprozesse genannten Präjudiz vorzusorgen hat. Für die Einwendungen gegen das Mandat gilt dasselbe wie im Wechselprozesse. Jeder Beklagte hat aber in diesem Verfahren auch ein Recht zum Rekurse gegen das Mandat; hat nur ein Beklagter den Rekurs mit Erfolg angebracht, so ist das Mandat auch gegen die Streitgenossen zurückzunehmen, weil durch Richterspruch ein Fehler der unteren Instanz festgestellt erscheint.

---

[9]) Czelechowsky; Wechselrechtliche Ent. Nr. 175, anders die Ent. Ger. H. 1872 S. 101.

Digitized by Google

§. 43.

Die Intervention.

Man nennt es Intervention, wenn dritte Personen zu Folge eigenen Rechtes, oder des Interesses an dem Ausgange eines Rechtsstreites auf den Prozeß der Parteien Einfluß nehmen. Sie ist Hauptintervention (Prinzipalintervention), wenn der Dritte als Gegner beider Parteien die Sache oder das Recht, worüber sie streiten, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, und Nebenintervention, wenn der Dritte eine der Hauptparteien unterstützt, um ihr zum Siege zu verhelfen.

A. Die Hauptintervention.[1])

Es gestattet das Hfd. v. 29. Mai 1845 Nr. 889 denjenigen, welche sich durch die Vornahme einer Pfändung in ihrem Besitze, Eigenthum, oder an anderen Rechten gekränkt halten, auf Aufhebung der Exekution gegen den Exequenten und gegen den Exekuten zu klagen (Exekutionsintervention). Diese Entpfändungsklage ist nicht bloß bei der Mobilar-, sondern auch bei der Immobilarexekution zulässig.[2])

In anderen Fällen hat, bei Abgang einer entsprechenden prozessualischen Institution, derjenige, welcher eine Sache oder ein Recht in Anspruch nimmt, jenen zu klagen, welchem gegenüber er zum Anspruche legitimirt ist,[3]) u. zw. bei jenem Gerichte, welches für die anhängig zu machende Rechtssache an sich zuständig erscheint, ohne sich dadurch beirren zu lassen, daß über die Sache oder das Recht zwischen jenem, den er belangt und einem Dritten ein Rechtsstreit bereits anhängig ist.

---

[1]) Wetzel, S. 47, 853. Weismann: Die Hauptintervention 1884.

[2]) Ent. v. 30. Juli 1872, Sp. R. 13, G. U. 5914, 6357, 6424.

[3]) Eine Berücksichtigung des Zustandes, welcher durch den Ausgang des Prozesses demnächst herbeigeführt werden kann, bei der Prüfung der Passivlegitimation (Menger: Prozeßparteien in Grünhuts Zeitschr. 7, 690) ist unthunlich, insolange nicht dem Ausgang eines der beiden Prozesse der Vorgang eingeräumt ist.

Digitized by Google

B. Die Nebenintervention,[4])

I. Das Urtheil kann, obwohl es nur inter partes rechtskräftig wird, auch das rechtliche Interesse dritter Personen betreffen; dadurch erscheint die Mitwirkung derselben im Prozesse zweckmäßig und gerechtfertigt.

Das Handelsgesetzbuch und im Anschlusse daran weitere neue Gesetze anerkennen ein Recht zur Intervention. Es ist nach Art. 194, 195 H. G. B. jeder Kommanditist einer Kommandit-Aktiengesellschaft im Prozesse der Gesammtheit der Kommanditisten gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes, — nach Art. 226 H. G. B. bei Handels-Aktiengesellschaften jeder Aktionär im Prozesse gegen den Vorstand oder Aufsichtsrath, — nach §. 25, G. v. 9. April 1873 R. 70, jeder Genossenschafter im Prozesse der Gesammtheit gegen den Vorstand oder Aufsichtsrath, — nach G. v. 24. April 1874 R. 49 jeder Besitzer einer Theilschuldverschreibung in dem vom gemeinsamen Kurator geführten Prozesse berechtigt, auf seine Kosten als Intervenient in den Prozeß einzutreten.

Anderorts ist nur einer Berechtigung der Prozeßpartei, die Vertretung zu begehren, einer Pflicht derselben zur Streitverkündigung gedacht. Von der Befugniß der Partei, die Vertretung zu begehren, spricht §. 58 a. G. O., ohne die bezüglichen Fälle zu bezeichnen; §. 49 gal. G. O. bestimmt, daß derjenige den Streit verkündigen soll, welcher im Falle der Sachfälligkeit eine Entschädigung von einem Dritten zu fordern berechtigt zu sein glaubt. Beide G.-Ordnungen bestimmen im §. 317, bez. 418, daß jener die Vertretung ansuchen soll, welcher eine ihm exekutiv eingeantwortete Forderung klageweise geltend macht. Nach

[4]) Wetzell S. 41. — Fischer: Streitverkündigung 1832. — Schultze: Die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten, in Busch Zeit., 2, 30. — Franke: Die Nebenparteien 1882. — Canstein: Im österr. Zentralblatt für jur. Praxis 2, 79, auch Kroll: Klage und Einrede 1884 S. 170.

Digitized by Google

§. 931 b. G. B. soll derjenige, welcher eine Sache entgeltlich erworben hat, den Vormann benachrichtigen und nach Vorschrift der Gerichtsordnung die Vertretung begehren, wenn er wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches von der Gewährleistung Gebrauch machen will. Nach §. 15 des G. v. 12. Juli 1872 R. 112 kann der Staat, wenn er aus dem Verschulden eines richterlichen Beamten auf Ersatz geklagt wird, dem Beamten den Streit verkündigen. Nach Art. 80 Wech. O. endlich unterbricht die von dem Beklagten geschehene Streitverkündigung die Verjährung des Regreßrechtes. Es erhellt aus diesen Bestimmungen, daß die Prozeßpartei von demjenigen Vertretung begehren kann, welcher für den Fall des Unterliegens regreßpflichtig ist. Eine Berechtigung des Regreßpflichtigen, sich der Partei als Intervenient aufzudringen, ist nicht vorbedacht; im Gegentheile ist im §. 15 des G. v. 12. Juli 1872 die Berechtigung des Beamten, dem geklagten Staate als Vertretungsleister beizutreten, von der Streitverkündigung bedingt.

Indeß muß, von dem letzterwähnten Fall abgesehen, dem Regreßpflichtigen ein Recht zur Intervention zuerkannt werden, weil aus der Knappheit der Bestimmungen der G. O. nichts dem materiellen Rechte Abträgliches gefolgert werden darf, und der Erfolg des Rechtsstreites für den Regreßpflichtigen erheblich ist, — der Sieg im Prozesse negativ, indem der Regreßanspruch entfällt, die Sachfälligkeit positiv, indem das im Streite ergangene Urtheil prima facie den Regreßanspruch begründet, welchen der Regreßpflichtige, um nicht verurtheilt zu werden, nun erst widerlegen müßte, §. 931 b. G. B.[5]) Es wäre überdies mit der Einschränkung der Intervention der Regreßpflichtigen auf den Fall vorausgegangener Litisdenunziation für das Prozeßrecht nichts gewonnen, weil in bestimmten Fällen ein Recht zur Inter-

[5]) Schultze a. a. O. 36 gegen Maxen, in der Zeitschr. für Zivilrecht und Prozeß 21, 391.

Digitized by Google

vention gesetzlich anerkannt ist, und ein solches Recht auch für jene Fälle anerkannt werden muß, in welchen ausnahmsweise das im Prozesse erfließende Urtheil auch für Dritte gilt, so im Falle des §. 61 Gb. O. Die Intervention ist auf die im Gesetze genannten Fälle nicht beschränkt, sondern hat überall statt, wo für Dritte ein rechtliches Interesse an dem Ausgange des Streites besteht.

Die Intervention ist eine helfende oder unterstützende, wenn Intervenient und Intervent gleichmäßig nach dem Sieg im Prozesse streben; — sie ist eine kontrolirende, wenn die Umstände eine Fahrlässigkeit des Interventen, oder ein Einverständniß desselben mit der Gegenpartei besorgen lassen. Diese Theilung[6]) ist aber ohne rechtliche Bedeutung, weil der Intervenient in beiden Fällen eine gleiche Stellung im Prozesse einnimmt.

II. Der Beitritt des Intervenienten, welchen die Praxis Vertretungsleister nennt, erfolgt:

a) einverständlich in der Art, daß die Partei ohne jedes Vorverfahren bei der Verhandlung einen Vertretungsleister einführt — sog. freiwillige Vertretungsleistung. Eine Prüfung der Legitimation des Intervenienten bei der Einführung in den Prozeß hat nicht statt; wohl aber hat der Richter bei der Entscheidung der Streitsache den Bestand eines rechtlichen Interesses des Intervenienten an dem Ausgange des Streites zu prüfen, und bei Abgang desselben den Vertreter zurückzuweisen, insbesondere die regelmäßig angestrebte Eidesleistung desselben auszuschließen;[7])

b) über Begehren der Prozeßpartei. Die Partei kann die Vertretung nicht fordern von jenen, welche nach den oben genannten

[6]) Heyßler in Grünhuts Zeitschr. 2, 78, Canstein: Streitgenossenschaft S. 38, auch Ullmann in den Mittheilungen des deutschen Jurist. V. 1872 Nr. 6.

[7]) Haimerl in Wagners Zeitschr. 1835, I, 205. — Derf.: Die Parteien u. deren Stellvertreter §. 4. — Heyßler a. a. O. 88.

Digitized by Google

Bestimmungen zum Beitritt lediglich berechtigt sind, auch nicht von jenem, der an dem Streite als Kläger oder Beklagter betheiligt ist (Hfd. v. 21. Oktober 1793 Nr. 130). Die Vertretung kann die Prozeßpartei begehren:

α) mit Klage auf Vertretungsleistung,[8]) welche bei dem nach dem Wohnsitze des Beklagten zuständigen Gerichte anzubringen ist, aber nur dann angemessen erscheint, wenn bei Feststellung der Regreßpflicht eifrige Beihilfe im Prozesse zu erwarten ist, oder auf Grund des Urtheils die Edition von Urkunden verlangt werden will;

β) durch Streitverkündigung. Die Bekanntgabe des Streites involvirt die Aufforderung zur Vertretung (§. 49 gal. G. O. u. §. 15 des G. v, 12. Juli 1872 R. 112);[9]) sie kann gerichtlich oder außergerichtlich[10]) erfolgen; eine Zustellung beglaubigter Abschriften der bis zum Zeitpunkte der Streitverkündigung gepflogenen Prozeßverhandlung ist nur im Syndikatsprozesse gefordert, §. 15, G. v. 12. Juli 1872. Das Gesuch um gerichtliche Vermittlung der Aufforderung zur Vertretung gehört wie die bezügliche Klage zur Personalinstanz des Denunziaten.[11])

Die Vertretung ist zu begehren vor oder bei Beginn des Prozesses, damit der Vertretungsleister von seinen Behelfen vollwirksam Gebrauch machen kann. Das Vertretungsbegehren hemmt den bereits anhängigen Streit nicht mehr (Hfd. v. 7. Oktober 1808 Nr. 864), und verzögert ihn nur soweit, als damit eine Fristverlängerung oder Verlegung der mündlichen Verhandlung erreicht werden kann.

---

[8]) Vergl. die Ent. v. 30. September 1885, Ger. Z. 1885: 90 — Menger a. a. O. läßt die Klage nur im Falle des §. 931 b. G. B. zu.

[9]) Heyßler a. a. O. 80 Nte. 8. „Die Streitverkündigung hat ohne Rücksicht auf die Fassung stets requisitorischen Charakter."

[10]) Nach §. 49 g. G. O. nur gerichtlich.

[11]) Anders Menger a. a. O. 701 — es gehöre zu dem für die Hauptsache zuständigen, oder mit ihr befaßten Gericht.

Digitized by Google

Der Kläger hat die Vertretung zu begehren vor Einreichung der Klage, §. 58 (49), d. h. zu einer Zeit, in welcher der Denunziat auf den Inhalt der Klage noch Einfluß nehmen kann (Klagenachtrag). Ersieht der Kläger erst aus den Behelfen des Beklagten die Nothwendigkeit der Streitverkündigung, so erübrigt ihm nur, die Klage gegen Vergütung der dem Beklagten verursachten Kosten zurückzunehmen, und vor Überreichung der neuen Klage die Vertretung zu begehren (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621), bei der neuen Klage aber, wenn sich ihm der Denunziat nicht anschließt, zu beweisen, daß er Vertretung gefordert hat, und dazu berechtigt war (Arg. Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620). Der Beklagte hat Vertretung zu fordern im schriftlichen Verfahren binnen der ersten Hälfte der zur Erstattung der Einrede bestimmten ersten Frist, §. 58 (49), und im mündlichen Verfahren vor Schluß der Einrede (Arg. §. 20 [21] und Hfd. v. 28. Jänner 1788 Nr. 774).

Die Versäumung der Denunziation hat zur Folge: 1. daß der Denunziat die Vertretung zu leisten nicht mehr schuldig ist, §. 58 a. G. O.; — 2. daß ihm für den Regreßprozeß die Einrede schlechter Prozeßführung vorbehalten bleibt.[12]) Es steht nichts entgegen, daß der Denunziat später in den Prozeß eintrete, doch kann er nicht fordern, daß die Hauptsache von Neuem verhandelt werde, sondern hat den Streit in jener Lage aufzunehmen, in welcher er sich eben befindet, Hfd. v. 8. Feber 1809 Nr. 882,[13])

---

[12]) Der §. 48 gal. G. O. schließt im Versäumungsfalle jeden Regreß aus, ebenso §. 317 (418) G. O. die Haftung für die Richtigkeit der exekutiv eingeantworteten Forderung; doch ist jetzt allgemein das Präjudiz des §. 931 b. G. B. anzunehmen. Fischer: Streitverkündigung S. 103. — Heyßler a. a. O. 86 (aber nur, weil das b. G. B. eine Streitverkündigung außer dem Fall des §. 931 nicht kennt). — Menger a. a. O. 699 Nte. 35.

[13]) Hiermit ist das Hfd. v. 13. Mai 1785 Nr. 431, welches den Eintritt des Vertretungsleisters vor der litis contestatio fordert, mit der gewiß

Digitized by Google

und eventuell seinen Behelfen im Wege des Neuerungsverfahrens Raum zu schaffen.

c) indem ein Dritter unter Ausweisung seines rechtlichen Interesses am Ausgange des Streites bei dem Prozeßrichter ansucht, als Streitgehilfe einer Partei zugelassen zu werden. Dies Gesuch kann im Laufe des Rechtsstreites wann immer angebracht werden, und hemmt den Lauf desselben nicht; für das Verfahren ist die Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489 über Inzidenzstreitigkeiten maßgebend.

III. Das prozessualische Verhältniß des Intervenienten zur Partei ist in allen Fällen ein Gleiches. Diejenigen, welche im Handelsgesetzbuche und im Anschlusse daran zur Intervention berechtigt erklärt sind, können nur die Rechte in Anspruch nehmen, welche dem Intervenienten nach dem geltenden Prozeßrechte zukommen;[14]) es kann derjenige, welcher sich wegen seines Interesses als Intervenient oktroyirt, nur jenem gleich geachtet werden, mit welchem sich der Intervent diesfalls einverstanden hat.

Nach §. 59 (50) kann die Prozeßpartei jenem, der sich zur Vertretung versteht, die Führung des Prozesses unter Ausfolgung der Behelfe allein überlassen, oder mit dem Vertreter einverständlich und zugleich den Prozeß führen. Für den Fall, als der angegangene Vertreter die persönliche Betheiligung an dem Prozesse ablehnt, hat, was selbstverständlich ist, nach §. 50 g. G. O. der Vertretungswerber allein den Prozeß zu führen.

Ob nun der Intervenient allein oder vereint mit der Prozeßpartei (in der Form der Streitgenossenschaft) den Rechtsstreit führt, immer erscheint er nicht als Partei, und auch nicht als

---

verfehlten Begründung, weil in dem weiteren Verfahren ein anderer Kläger oder Beklagter nicht mehr auftreten könne, aufgehoben.

[14]) So auch Heyßler a. a. O. 113 Nte. 59, obwohl er die kontrolirende Intervention als eine Intervention besonderer Art erklärt.

Digitized by Google

Streitgenosse der Partei,[15]) weil wohl sein Interesse, nicht aber sein Recht in Frage steht; er wird daher auch im Eingange des Urtheils nur als Vertretungsleister genannt, und die Entscheidung selbst auf ihn nicht bezogen, daher auch für ihn nicht rechtskräftig,[16]) wenn auch folgenschwer. Als Vertretungsleister führt er den Prozeß für einen Dritten,[17]) kann daher auch zur Ablegung von Eiden an Stelle der Partei zugelassen werden;[18]) er übt die Parteirechte im Prozesse aus, und kann dabei von dem Interventen nicht beschränkt werden, weil ihm dieser die Führung des Prozesses überlassen, oder sich mit ihm zur einverständlichen Führung des Rechtsstreites verbunden, also im voraus genehmigt hat, was der Intervenient zur Erreichung des Sieges im Prozesse zu veranlassen angemessen erachten wird. Ergibt sich thatsächlich ein Widerspruch im Vorbringen, so ist das für die unterstützte Partei Günstigere maßgebend. Die Vertretungsbefugniß bezieht sich jedoch nur auf die Prozeßführung, nicht auch auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte im Prozesse; sie umfaßt also nicht die Befugniß zum Verzichte auf den Streit, zur Submission, zum Vergleiche, zur Betreibung der Exekution, zur Empfangnahme der Streitsumme.

§. 44.

Die Benennung des Auktors.*)

Nach §. 375 b. G. B. kann sich derjenige, welcher eine Sache im fremden Namen besitzt, gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen, daß er seinen Vormann namhaft macht, und sich darüber ausweiset. Das Prozeßrecht gibt über diese laudatio auctoris

[15]) G. U. 3986, 5336.

[16]) Unger: System 2, 666 f.

[17]) Die Vollmacht ersetzt der §. 59, Entsch. des O. G. H. v. 6. Okt. 1874 Z. 10.570.

[18]) Vergl. §. 16, G. v. 12. Juli 1872 R. 112.

*) Wetzell S. 54.

Digitized by Google

keine Bestimmung. Da nach §. 369 b. G. B. der detentor mit der Eigenthumsklage zu belangen ist, kann der geklagte Inhaber sich nicht auf den Mangel passiver Klagelegitimation stützen und die Klage zurücklegen,[1] sondern er hat bei Mangel ausreichenden Interesses und entsprechender Information zur Vertheidigung, und zur Vermeidung von Verantwortung demjenigen, in dessen Namen er die Sache innehat, den Streit zu verkündigen und bei Gericht den Auktor zu benennen, und zwar vor der Einlassung in den Streit, von welchem er sich befreien will.[2]

Über die gerichtliche Nomination ist der Nominant, Nominat und Kläger zu laden. Leugnet der Nominat seine Auktorschaft, so kann nun der Nominant verantwortungsfrei auf die Klage submittiren; anerkennt der Nominat die Auktorschaft, so hat er für den Nominanten, also als dessen Vertretungsleister, den Prozeß zu führen, doch bleibt dieser noch immer Prozeßpartei, gegen welche das Urtheil zu exequiren ist, und die vielleicht aus der Innehabung für Früchte, Schaden u. s. w. haftet.[3]

Die Benennung des Auktors steht dem Beklagten in allen Fällen zu, in welchen eine Klage gegen den Inhaber der Sache zugelassen ist. Wer ein Recht im fremden Namen ausübt, und deswegen belangt wird, hat die Passivlegitimation zu bestreiten.

Zu dem §. 375 steht der §. 348 b. G. B. in dem Verhältnisse, daß §. 375 eine bereits eingebrachte, §. 348 aber eine erst drohende Eigenthums- oder Besitzklage voraussetzt, welcher drohenden Klage durch nominatio auctoris, oder eventuell durch Deponirung oder Sequestration vorgebeugt werden kann.[4]

---

[1] Menger: Streitparteien, in Grünhuts Zeitschr. 7, 703.

[2] Randa: Besitz 1879 S. 236.

[3] Es ist nicht möglich, daß der ausgewiesene auctor ev. in contumaciam kondemnirt werde, oder auch gegen den Willen des Klägers an die Stelle des Beklagten trete, wie Canstein: Lehrbuch 1, 454 annimmt.

[4] Randa a. a. O. §. 7 d. II.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die Parteivertreter.

§. 45.

Die Vertretung im Allgemeinen.*)

Für die prozeßunfähige Partei führt den Rechtsstreit der Vertreter; dieser ist Träger der Parteirolle. Prozeßfähige Parteien führen den Rechtsstreit selbst, oder durch Prozeßbevollmächtigte (Prokuratoren), d. s. Personen, welche die Partei auf Grund einer Vollmacht im Prozesse vertreten.

Einen Prozeßbevollmächtigten muß bestellen die Partei, welcher die Postulationsfähigkeit fehlt oder abgesprochen wurde, und jene Partei, welche den Prozeß zu führen verhindert ist. Für Abwesende bestellt im Nothfalle das Prozeßgericht einen Kurator (§. 276 b. G. B., §. 85 J. N.). — Bestellen kann einen Bevollmächtigten jede Partei; niemand ist verpflichtet, den Prozeß persönlich zu führen. Eine Ausnahme gilt bei Handlungen, welche keine Vertretung zulassen (Eid §. 223, Parteizeugniß § 53 Bag. V.), und wenn das Gericht persönliches Erscheinen gebietet und zu gebieten berechtigt ist. Eine solche Berechtigung hat das Gericht im Ehe-V. (§. 2) und im Sum. V. (§. 8).[1])

Da §. 9 des summar. V. (vergl. auch §. 9 des Bag. V.) gemeine Bevollmächtigte nur bei Verhinderung der Partei zuläßt, nimmt die Praxis an,[2]) daß im ordentlichen Prozesse nur Advokaten zu Prozeßbevollmächtigten bestellt werden dürfen.

Verschieden davon ist der Advokatenzwang, d. h. die gesetzliche Nöthigung der Partei, bez. des Vertreters derselben, die

*) Wetzell: S. 680. — Haimerl: Die Parteien und deren Stellvertreter 1857.

[1]) Die Berechtigung darf auf den ordentlichen Prozeß nicht ausgedehnt werden, weil §. 185 Gr. J. im Prozeßrechte eine Einschränkung findet. — A. M. Canstein: Lehrb. 1, 471.

[2]) Besch. v. 17. Dezember 1873 J. B. 83.

Digitized by Google

Prozeßhandlungen unter Beistand eines Advokaten vorzunehmen, damit die Gerichte von unüberlegter und mißbräuchlicher Inanspruchnahme, die Parteien selbst von den aus der Rechtsunkenntniß drohenden Nachtheilen bewahrt blieben.

Der Vertreter und Prokurator repräsentirt die Partei; was er thut und unterläßt, gilt als von der Partei ausgegangen. Das gilt insbesondere von Versäumungen und Geständnissen §. 108 (174) G. O. Die Partei ist nicht berechtigt, Prozeßhandlungen ihres Vertreters zu bestreiten; sie ist nur bei schlechter Vertretung durch einen Rechtsfreund zur Restitution zugelassen. Bei solcher vollständigen Repräsentation bedarf es keiner Kaution (de rato, judicatum solvi), um den Erfolg der Handlungen des Vertreters zu sichern; wohl aber wäre bei Mangel der Vertretungsberechtigung das Verfahren nichtig; daher ist nicht bloß die Gegenpartei berechtigt, bei Abgang der Vertretungsbefugniß (legitimatio ad processum) die Verhandlung zu verweigern bez. die Partei als nicht thätig zu behandeln, sondern auch das Gericht verpflichtet, Prozeßhandlungen eines nicht legitimirten Vertreters abzuwehren. Eine Zulassung angeblich Bevollmächtigter zu dringenden Prozeßhandlungen gegen Nachtrag der Vollmacht, bez. bei Kaution für Schäden und Kosten kennt das österr. Prozeßrecht nicht. Das gilt auch, wenn Advokaten als Prozeßbevollmächtigte auftreten. [3])

Der Vertreter oder Prozeßbevollmächtigte hat, sobald er bei Gericht einschreitet, seine Legitimation in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorzulegen (Hfd. v. 23. Juli 1813 N. 1067); im Bag. V. (§. 11) kann die Prozeßvollmacht von der Partei zu Protokoll gegeben werden. — Die Prozeßvollmacht muß nicht auf den konkreten Streitfall lauten; es genügt eine General-

[3]) Hfd. v. 30. November 1789 Nr. 1081 lit. f bestimmt, daß die mündliche Nothdurftsverhandlung des Advokaten gar nicht aufgenommen, oder wenigstens das Urtheil, bevor die Vollmacht binnen seiner zu bestimmenden Frist nachgetragen wird, nicht geschöpft werden soll.

Digitized by Google

vollmacht[4]) (die Prokura, das Prokuraindossament). Die allgemeine Vollmacht berechtigt zu allen Prozeßhandlungen, für welche im §. 1008 b. G. B. eine besondere Vollmacht nicht gefordert ist, insbesondere auch zur Bestellung eines Substituten in Nothfällen (§. 1010 b. G. B.), bei Advokaten in Verhinderungsfällen (§. 14 Adv. O.).

Die Vollmacht erlischt nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes (§. 1020 f des b. G. B., ar. 46, 54 des H. G. B.). Besonderes gilt bei Abwesenheit oder Tod des bevollmächtigten Advokaten; es übergeht dessen Vollmacht auf den von der Partei, von dem bevollmächtigten Advokaten, oder von der Advokatenkammer bestellten Substituten (§. 28 h der Adv. O.).

§. 46.

Die Vertretung durch Advokaten. Die Finanzprokuratur.*)

I. Als Beistand der Partei im Prozesse fungirt der Advokat. Eine Theilung der Parteienvertreter in Redner (patronus, Fürsprecher, avocat, baristers und serjants) und Prokurator (avoué, attornati) kennt das österr. Recht nicht.

Der Advokat hat insoweit eine amtliche Stellung, als er in gewissen Richtungen ausschließlich zur Parteivertretung berufen ist, und die Vertretung in Folge öffentlicher Ermächtigung und unter Eid führt, daher für Fehler disziplinar- (Ges. v. 1. April 1872 R. 40) und strafrechtlich (§. 102 des St. G.) verantwortlich ist. Er hat nicht bloß im Prozesse Vertretung zu leisten, sondern den Parteien überhaupt als juristischer Beistand zu dienen.

Die Voraussetzungen für diesen Beruf sind normirt in der Adv. O. vom 6. Juli 1868 R. 96. Die Advokatie wurde wieder

---

[4]) Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306 lit. a.

*) Wetzel: S. 18. — Johanny: Die Parteivertretung in Österreich seit drei Jahrhunderten. Beilage zu den Jurist. Bl. 1878.

Digitized by Google

freigegeben. Jeder, welcher die gesetzlichen Erfordernisse ausweiset[1]) und die Vertrauenswürdigkeit nicht verwirkt hat, kann bei dem O. L. G. um Zulassung zum Eid, und bei dem Ausschusse jener Advokatenkammer, in deren Sprengel er seinen Wohnsitz nehmen will, um Eintragung in die Advokatenliste ansuchen (§. 5 und 7), durch welche er die Befugniß zur Praxis erlangt. Die Änderung des Wohnsitzes ist drei Monate vorher dem Ausschuß der betroffenen Advokatenkammer anzuzeigen und von dieser zu publiziren (§. 21). Unvereinbar mit der Advokatie ist ein besoldetes Staatsamt (ausg. das Lehramt), die Erlangung des Notariates, und jede dem Ansehen des Standes zuwiderlaufende Beschäftigung (§. 20 und 40).

Die Advokaten eines bestimmten Territoriums bilden eine Advokatenkammer, welche Gutachten über Gesetzentwürfe, Gesetzesvorschläge, Berichte über den Zustand der Rechtspflege zu erstatten, die Ehre, das Ansehen und die Rechte des Advokatenstandes zu wahren, und die Advokaten und Advokaturskandidaten in der Pflichterfüllung zu überwachen hat (§§. 22, 23, 27, 28). Die Handhabung der Disziplinargewalt über Advokaten und Advokaturskandidaten fällt dem am Sitze der Kammer bestehenden gewählten Disziplinarrath und Kammeranwalt zu (§. 33 der Adv. O. und G. vom 1. April 1872 R. 40).

Das Disziplinarverfahren zerfällt in Vorerhebungen, über welche nach Anhören des Anwaltes erkannt wird, ob Grund

[1]) Heimatrecht, Eigenberechtigung, absolvirte jur. Studien, jur. Doktorat, praktische Verwendung durch sieben Jahre, wovon mindestens ein Jahr bei einem Gerichtshofe und drei Jahre bei einem Advokaten oder der Finanzprokuratur, ferner Advokatenprüfung nach der V. v. 11. Oktober 1854, R. 264, welcher die Erwerbung des Doktorates und vierjährige Praxis vorausgehen muß. Die fünfjährige Verwendung als stimmführender Rath bei einem Gerichtshofe der im Reichsrathe vertretenen Länder ersetzt die Erfordernisse des Doktorates, der Praxis und der Advokatenprüfung, §§. 1—4 u. 6 Adv. O.

Digitized by Google

zur Disziplinarbehandlung des Beschuldigten vorhanden sei, und die darauf folgende mündliche, nicht öffentliche Verhandlung, welcher allenfalls noch weitere Erhebungen vorausgehen. Advokaten und Kandidaten, nicht auch andere Personen, sind in diesem Verfahren zeugnißpflichtig; die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen erfolgt über Ersuchen vom Gericht. Disziplinarstrafen sind schriftlicher Verweis, Geldstrafe bis 300 fl., Suspension bis zu einem Jahre (bei Kandidaten Verlängerung der Praxis), und Streichung aus der Liste. Gegen das Erkenntniß steht dem Beschuldigten, dem Kammeranwalte und dem Oberstaatsanwalte Berufung an den O. G. H. zu.

II. Dem Advokaten steht zu die berufsmäßige Parteivertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen, öffentlichen und Privatangelegenheiten im Bereiche der im Reichsrathe vertretenen Länder, §. 8 der Adv. O., ferner bei den österr. Konsulargerichten, und den Gerichtshöfen der Reform in Egypten. Das Schwergewicht der Funktion liegt im der Vertretung vor Gericht überhaupt, und im Processe insbesondere.

Für die Vertretung im Prozesse gilt Folgendes: a) die Advokatenvertretung ist in jedem Prozesse zugelassen;[2]) b) die Partei, welche den Prozeß nicht selbst führen will, hat einen Advokaten zum Prokurator zu bestellen; gemeine Bevollmächtigte werden nur zugelassen im Sum. V. §. 9 und den darauf Bezug nehmenden Verfahrensarten, im Bag. V. §. 9, und wohl auch im Besitz V.;[3]) c) die durch Intervention eines Advokaten erwachsenen Prozeßkosten sind stets als zweckentsprechend zu behandeln;[4]) d) in gesetzlich bestimmten Fällen besteht Advokatenzwang.

---

[2]) Nur bei den Gewerbegerichten sind lediglich Angehörige oder Berufsgenossen der Partei als Bevollmächtigte zugelassen, §. 33, G. v. 14. Mai 1869 R. 63.

[3]) Besch. v. 15. Juni 1864 Jud. B. 62.

[4]) Ent. v. 9. März 1880 Z. 2737. – Kornitzer in der Ger. Z. 1884:103.

Digitized by Google

Advokatenzwang besteht: 1. für die Eingaben im schriftlichen Verfahren, gleichviel ob dieses vorgeschrieben ist, oder vereinbart wurde, u. zw. unbedingt, wenn im Standorte des Prozeßgerichtes zwei Advokaten bestehen, sonst nur, wenn die Parteien die Satzschriften selbst zu verfassen nicht vermögen (Hfd. v. 4. Sept. 1818 R. 1494); 2. für Eingaben im mündlichen Verfahren, wenn im Sitze des Prozeßgerichtes mindestens zwei Advokaten bestehen (M. V. v. 5. Juli 1859 R. 122); 3. für Exekutionsgesuche in den Hauptstädten (in Orten mit zwei Advokaten), und in allen Fällen, in welchen in dem vorhergegangenen (schriftlichen oder mündlichen) Prozesse auf Seite des Exequenten ein Rechtsfreund eingeschritten ist (Hfd. v. 30 März 1842 Nr. 603); 4. für Eingaben im Wechselverfahren, ausgenommen die Einwendungen gegen das Mandat, wenn sie von einer außerhalb des Gerichtsortes wohnenden Partei eingesendet werden (V. v. 5. Juli 1859 R. 122); 5. für Eingaben in summarisch zu verhandelnden Rechtssachen, wenn sie nicht vom Bittsteller selbst abgefaßt sind; doch ist die schriftliche Klage und Appellation schlechthin frei (§. 10 Sum. V. und M. E. v. 18. April 1849 Z. 1249); 6. für die schriftliche Nullitätsbeschwerde und den schriftlichen Rekurs im Bag. V. (§. 79 und 84); 7. für die Parteianträge auf Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes zwischen einem Gericht und einer Verwaltungsbehörde (§. 14, G. v. 18. April 1869 R. 44), zwischen einem Gerichte und dem Verwaltungsgerichtshof, und zwischen diesem und dem Reichsgerichte (G. v. 22. Okt. 1875 R. 37 ai 1876); 8. für Klagen auf Ungiltigkeit eines Spruches des Börseschiedsgerichtes (§. 6, G. vom 1. April 1875 R. 67).

Advokatenzwang kennt nicht das Besitz V.; er besteht nicht für die mündliche Verhandlung, wenn nicht der Richter die Vertretung durch einen Advokaten anzuordnen veranlaßt wird (§. 8 Sum. V., §. 22 Bag. V.), — für Advokaten in eigenen Sachen (Res. v. 31. Oktober 1785 R. 489), u. zw. auch im Sus-

Digitized by Google

pensionsfalle, wenn nicht die Suspension auch für die Selbstvertretung ausgesprochen ist (Hfd. v. 22. Jänner 1845 N. 862), — für jene, welche für das Richteramt (die Advokatie) geprüft sind (Hfd. v. 29. Jänner 1813 N. 1028).

Eingaben, welchen die vom Gesetze geforderte rechtsfreundliche Fertigung fehlt, sind zurückzuweisen (Hfd. v. 6. Oktober 1783 N. 197) mit Bestimmung einer Frist zur Reproduzirung in verbesserter Form (Hfd. v. 13. Feber 1795 N. 217). Gefordert ist die Fertigung Seitens eines beim Prozeßgericht zur Vertretung zugelassenen Advokaten (M. V. v. 24. Dez. 1860 N. 276).

Der Advokat ist verpflichtet, die Vertretung und Ertheilung von Rath abzulehnen, wenn er die Gegenpartei in derselben, oder einer damit zusammenhängenden Rechtssache vertreten hat oder vertritt, und wenn er in solchen Angelegenheiten früher als Richter oder Staatsanwalt thätig war (§. 10 der Adv. O. und §. 102 des Straf.-G.); — er ist verpflichtet, sich über den Antrag auf Vertretung ohne Verzögerung zu erklären (§. 1003 b. G. B.). — Er ist **nicht** verpflichtet, die Vertretung zu übernehmen ausgenommen, wenn er a) vom Gerichte zum Kurator §. 85 J. N.; — b) vom Ausschusse der Advokatenkammer zum Armenvertreter in einer Rechtssache, für welche Advokatenzwang vorgeschrieben ist, oder zum Vertreter einer solventen Partei, deren Vertretung kein Advokat freiwillig übernommen hat, bestellt wird. In diesen Fällen befreit ihn nur die rechtliche Verhinderung (§§. 10 und 16 der Adv. O.); Verweigerung der Vertretung erscheint als Disziplinarvergehen.

III. Im Prozesse hat der Advokat der Partei rechtsverständigen Beistand zu leisten. Dazu bedarf er keines Mandates: dennoch hat sich der Advokat bei Übernahme der Vertretung mit einer schriftlichen Vollmacht zu versehen, §. 416 (548), u. zw. auch von jener Partei, für welche er vom Kammerausschusse als Vertreter bestellt wurde; er hat diese Vollmacht der ersten

Digitized by Google

Eingabe, welche er überreicht, beizuschließen (Res. v. 14. Juni 1784 N. 306), oder in der ersten Tagsatzung, in welcher er auftritt, vorzulegen (Hfd. v. 30. Nov. 1789 N. 1081). Die Mitfertigung der Eingabe Seitens der Partei, bez. die Anwesenheit derselben in der Tagsatzung macht die Vorlage der schriftlichen Vollmacht entbehrlich, doch ist spätestens vor Zustellung des Urtheils die Vollmacht abzufordern (Hfd. v. 9. Nov. 1811 N. 961). Das Gesetz urgirt so die Bestellung des Advokaten zum Prozeßbevollmächtigten, damit der Rechtsstreit ungehindert durch Ereignungen, welche die Partei betreffen, fortgeführt werden könne.

Aus gleichem Grunde ungestörten Prozeßbetriebes fordert §. 416 (548) für die Advokatenvollmacht a) die Bestellung eines Substituten oder die Ermächtigung für den Advokaten, einen solchen zu bestellen; b) die Erbenklausel. Letztere wird vom Gesetze ersetzt (§. 416 G. O. ev. §. 1022 b. G. B.), die Substitution derzeit durch die Advokatenordnung geregelt. Nach dieser ist der Advokat berechtigt, in Verhinderungsfällen einen anderen Advokaten zu substituiren, wovon bei dauernder Verhinderung oder längerer Abwesenheit dem Ausschusse der Advokatenkammer Anzeige zu erstatten ist, — und bei Verhandlungen, wo die Beiziehung eines Advokaten nicht vorgeschrieben ist, sich von einem bei ihm in Verwendung stehenden Advokaturskandidaten vertreten zu lassen.[5]) Für Advokaten, welche gestorben, erkrankt, oder abwesend sind, ohne selbst einen Substituten namhaft gemacht zu haben, ist vom Kammerausschuß ein mittlerweiliger Stellvertreter zu bestellen (§§. 14, 15, 25 h der Adv. O.).

[5]) Der Advokaturskandidat muß als solcher angemeldet sein, die Eignung zum Eintritt in die Gerichtspraxis ausgewiesen haben, und daraufhin zur Substitution vom Kammerausschusse legitimirt sein, §§. 30, 31 der Adv. O. — Der Zulassung von Advokaturskandidaten zur Vertretung ihres Chefs bei Tagsatzungen im mündlichen Verfahren steht im Allgemeinen nichts entgegen, Ent. v. 25. Juni 1883 und v. 4. März 1884. Spruchp. 1, 54 u. 223.

Digitized by Google

Die dem Advokaten ertheilte Vollmacht erlischt: a) sofort durch Widerruf; b) durch Kündigung der Partei oder des Advokaten, in welchem Falle der Advokat die Partei noch durch 14 Tage insoweit zu vertreten hat, als es zum Schutz vor Rechtsnachtheilen nöthig ist, §. 11 der Adv. O. Eine vom Kammerausschuß aufgetragene Vertretung kann der Advokat nicht kündigen; er kann nur um Enthebung ansuchen; c) durch das Erlöschen der Berechtigung zur Ausübung der Advokatur zu Folge Verlustes des Heimatrechtes, der Eigenberechtigung, Führung eines besoldeten Staatsamtes oder des Notariats, Verzichtes, Disziplinar- und Straferkenntnisses, §. 34 der Adv. O. Die Vertretung übernimmt in diesen Fällen und bei Tod des Advokaten der vom Kammerausschuß ernannte Stellvertreter. Der Tod der Partei alterirt die Prozeßbevollmächtigung des Advokaten nicht; d) durch Konkurs über das Vermögen der Partei, wenn der Prozeß der Masse zufällt, §§. 6 und 10 der K. O., und durch Konkurs über das Vermögen des Advokaten, §. 1024 b. G. B.

Bei dem Erlöschen der Vertretung ist die Vollmacht der Partei nicht zurückzustellen, sondern diese nur berechtigt, den Widerruf auf der Vollmacht ersichtlich zu machen, §. 13 der Adv. O. Der Advokat ist verpflichtet, der Partei über Verlangen die ihr gehörigen Urkunden und Akten im Originale (unter Vorbehalt der zur Feststellung der Vertretungskosten erforderlichen Abschriften), und von Schriftenentwürfen, Briefen der Partei an den Advokaten und anderen Handakten auf Parteikosten Abschriften auszufolgen. Die Pflicht zur Aufbewahrung der der Partei gehörigen Akten, und zur Ausfolgung von Abschriften im bezeichneten Umfange erlischt in fünf Jahren von dem Zeitpunkte, wo die Vertretung aufgehört hat, §. 12 der Adv. O.[6])

[6]) Der im §. 12 Adv. O. bestimmte Zeitraum von 5 Jahren bezieht sich nicht auf die im ersten Absatze dieser Gesetzesstelle erwähnten Urkunden im Original, und erscheint der Advokat sohin verpflichtet, Originalurkunden

Digitized by Google

IV. Bei der Vertretung hat der Advokat die Pflichten eines sachverständigen Beirathes (§. 1299 und 1300 b. G. B.), bez. die Rechte und Pflichten eines Mandatars. Er ist angewiesen, die übernommene Vertretung dem Gesetze gemäß zu führen, die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Er ist befugt, alles, was er nach dem Gesetze zur Vertretung seiner Partei für dienlich erachtet, unumwunden vorzubringen, ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel in jeder Weise zu gebrauchen, welche seiner Vollmacht, seinem Gewissen und dem Gesetze nicht widerstreitet. Er ist verpflichtet zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten, und zur Besorgung des ihm anvertrauten Geschäftes, §§. 9 und 11 der Adv. O. Er haftet direkt für den Konzipienten, und in gesetzlicher Weise (§. 1010 b. G. B.) für den Advokaten, welchen er als Substituten bestellt, §§. 14 und 15 der Adv. O. Pflichtwidrigkeit hat Ersatzpflicht und Disziplinarbehandlung zur Folge, zu welcher nicht mehr das Gericht, sondern der Disziplinarrath berufen ist.

Durch diese Bestimmungen der Adv. O. und des Disziplinarstatutes (G. v. 1. April 1872 R. 40) sind die §§. 419, 420, 421, 428 und 429 (551, 552, 553, 563 und 564) G. O. ersetzt: aber auch die weiteren Bestimmungen des 38. (39.) Kapitels der G. O. sind nicht unberührt geblieben. Es hat der Advokat bei der Übernahme der Vertretung lediglich das Gesetz, sein Gewissen und die Ehre des Standes (nicht auch die Billigkeit des Rechtshandels) im Auge zu behalten. Er hat bei Beginn der Vertretung eine erschöpfende species facti aufzunehmen, weil sie ihm zur Information dient, vor Verantwortung schützt, und die Unterschrift derselben Seitens der Partei für die Wahrnahme jener Thatsachen, welche die Partei durch ihren Eid zu bestätigen sich bereit erklärt, entscheidend werden kann, §. 233

auch über diesen Zeitraum hinaus aufzubewahren, bez. auszufolgen, Ref. des VII. österr. Advokatentages, Prag 1884; — dagegen Jur. Bl. 1885: 22.

Digitized by Google

(307), doch bestimmt sich der Inhalt der species facti lediglich nach der Sachlage, und kann der Richter die Vorlegung derselben nicht mehr verlangen (§. 2, G. v. 1. April 1872 und §. 9 der Adv. O. zu den §§. 412—415 [544—547] der G. O.). Die Vertretung des Advokaten soll die Beobachtung des Prozeßgesetzes sichern: Reinheit und Leserlichkeit der Eingaben folgt schon aus der dem Gerichte schuldigen Achtung; die Ausdehnung der Schriften ist mit Billigkeit zu beurtheilen, und eventuell nur bei Bestimmung des Deservits von Bedeutung, §§. 417 und 426 (550, 559). — Persönliches Erscheinen der Advokaten bei der Inrotulirung der Akten (§. 418) erscheint nicht immer entsprechend (Vgl. Hfd. v. 23. Juli 1792 N. 34). — Das Verbot der Absprünge und neuerlichen Behelligung in bereits entschiedenen Sachen, §. 422 (554), schließt das Einbringen einer anderen Klage und die Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung nicht aus. — Das Verbot, sich in voraus eine bestimmte Belohnung zu bedingen, §. 423 (555), ist durch §. 16 der Adv. O. behoben, der Advokat aber auch jetzt nicht berechtigt, eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder theilweise an sich zu lösen (§. 879 b. G. B.).

V. Die Entlohnung und den Ersatz der Barauslagen erhält der Advokat von der Partei, welche er vertreten hat: eine Separation der Prozeßkosten von der Streitsache und Zuspruch derselben zu Gunsten des Advokaten hat nicht statt. — Über das Maß der Entlohnung und des Ersatzes haben nach §. 17 der Adv. O. lediglich die gesetzlichen Bestimmungen über Lohnvertrag in Anwendung zu kommen, doch hält sich die Praxis, weil der da in Aussicht gestellte Tarif ~~noch nicht zu Stande~~ kam, bezüglich der Gebühren des Advokaten für Prozesse (einschließlich Exekution) noch immer an das Hfd. vom 4. Oktober 1833 N. 2633, nach welchem das Palmar und die Expensen, bevor sie eingeklagt werden dürfen[7]), über Ansuchen des Advokaten oder der

[8]) Auf den Mangel vorgehender Adjustirung ist von Amtswegen Bedacht zu nehmen, G. U. 5238, 6634 (nur über Einwendung G. U. 5008).

Digitized by Google

Partei von jenem Richter, vor welchem das Geschäft, woraus sie entstanden, verhandelt wurde, im amtlichen Wege, wo nöthig nach Einvernehmen der Parteien, doch mit Ausschluß eines förmlichen Prozesses mit Bescheid festzustellen sind. Der Zuspruch erfolgt nicht nach der Anzahl der Bogen der Schriften und der Anzahl der Tagsatzungen, sondern nach dem wesentlichen Verdienste, mit Bedacht auf die Mühe bei Herbeischaffung der Behelfe und sonstiger Vorbereitung, auf den aus dem Inhalte der Schriften hervorgehenden Fleiß und die Geschicklichkeit, auf die Beförderung des Prozesses, die strenge Einhaltung der Prozeßvorschriften und den Vermögensstand der Partei, §§. 426, 427 (559, 560). Gegen den ergangenen Bescheid steht Rekurs zu. Die Beitreibung der festgestellten Gebühren hat im Prozeßwege bei dem normal kompetenten Gerichte zu erfolgen. — Vorbehalten ist nach §. 19 der Adv. O. der Partei und dem Advokaten, den Kammerausschuß um gütliche Beilegung des Streites über die Richtigkeit und Höhe der Forderung des Advokaten anzugehen.

Den Anspruch auf Gebühren für die Vertretung verwirkt der Advokat, wenn er versäumt, für die von ihm vertretene Partei am rechten Orte die Gerichtskosten zu liquidiren, sofern dadurch seine Partei benachtheiligt, nämlich um den Zuspruch der Kosten gebracht wird. Der Richter hat von Amtswegen, wohl in einer von der Streitentscheidung getrennten Verordnung, den Advokaten des Rechtes, von seiner Partei die Zahlung der bestrittenen Kosten und seines Verdienstes zu fordern, verlustig und die Partei für berechtigt zu erklären, eine bereits geleistete Zahlung zurückzuverlangen (§. 424, Res. vom 14. Juni 1784, N. 306, §§. 556, 557 g. G. O.).

Der Advokat ist berechtigt, von der für seine Partei an ihn eingegangenen Barschaft die Summe seiner Gebühren unter Einrechnung der erhaltenen Vorschüsse in Abzug zu bringen, aber auch verpflichtet, sich sogleich mit seiner Partei zu verrechnen. Bestreitet diese die Richtigkeit und die Höhe der Forderung, so

Digitized by Google

ist der Advokat zu seiner Deckung auch zum gerichtlichen Erlage der ihm eingegangenen Barschaft bis zur Höhe der bestrittenen Forderung befugt, doch hat er zugleich seine Forderung feststellen zu lassen. An dem gerichtlichen Erlage hat der Advokat ein Pfandrecht, §. 19 Adv. O.

VI. Die dem Finanzministerium durch die Präsidien der Finanzlandesbehörden subordinirten k. k. Finanzprokuraturen, bez. die Finanzprokuratur-Exposituren in Troppau und Krakau sind nach der Instr. v. 16. Feber 1855 R. 34 berufen a) zur gerichtlichen Vertretung und insbesondere zur Prozeßführung, b) zur Ertheilung von Rechtsgutachten und c) zur Mitwirkung bei Rechtsgeschäften in jenen Angelegenheiten, welche das Staatsvermögen, und die demselben gleichgehaltenen oder aus dem Staatsschatze dotirten oder zu ergänzenden Fonde[8]) betreffen. Zur Erlangung höherer Konzeptsdienstposten bei dieser Behörde wird die Advokatenprüfung[9]) und die bei der Finanzlandesdirektion abzuhaltende Finanzprokuraturprüfung gefordert. Zur Vertretung vor Gericht bedarf die Finanzprokuratur keiner Vollmacht, doch hat sie von der Verwaltungsbehörde vor Erhebung der Klage, oder Einlassung auf eine solche, Auftrag und Information einzuholen, bez. abzuwarten; sie hat zum Abschluß von Vergleichen, zur Auflassung von Sicherstellungsmitteln, zur Auftragung, Annahme und Zurückschiebung eines Eides, zur a. o. Revision, und in Fällen, wo das Ärar in erster Instanz zum Kostenersatze verurtheilt wurde, auch zur Appellation die Bewilligung der Administrativbehörde einzuholen. F. M. E. v. 25. April 1856 Z. 8911.

---

[8]) Auch die Schulfonde, V. v. 14. Juli 1872 R. 119.

[9]) Für diese Prüfung gelten derzeit die allg. Anordnungen, V. v. 6. Sept. 1871 R. 108 u. V. v. 26. Okt. 1872 R. 183.

Digitized by Google

§. 47.

Notare. Öffentliche Agenten. Winkelschreiberei.

I. Die vom Justizminister für einen bestimmten Amtssitz ernannten k. k. Notare[1]) sind berufen:

a) als k. k. Notare im Sprengel des Gerichtshofes erster Instanz ihres Amtssitzes über Rechtserklärungen und Rechtsgeschäfte, sowie über Thatsachen, aus welchen Rechte abgeleitet werden, öffentliche Urkunden aufzunehmen und auszufertigen; die ihnen von den Parteien anvertrauten Urkunden zu verwahren; Gelder und Werthpapiere zur Ausfolgung an Dritte, oder zum Erlage bei Behörden zu übernehmen, §. 1 Not. O.;

b) als Gerichtskommissäre im Namen des Gerichtes zu besorgen: α) die Aufnahme von Todesfällen und die Vornahme anderer, im Wege der Verlassenschaftsabhandlung und in Waisensachen erforderlichen Akte, bei welchen es sich nicht um eine gerichtliche Entscheidung handelt; β) gerichtliche Schätzungen in und außer Streitsachen; γ) gerichtliche Feilbietungen von Mobilien in und außer Streitsachen; δ) Feilbietungen von Immobilien außer Streitsachen, §. 183 Not. O. v. 21. Mai 1855 R. 94. Die Übertragung dieser Geschäfte ist im Standorte eines Gerichtshofes erster Instanz geboten, anderorts den Gerichten freigestellt, V. vom 7. Mai 1860 R. 120;

c) als beeidete Sachwalter berufsmäßig Eingaben außer Streitsachen zur Überreichung bei was immer für Behörden, und Privaturkunden zu verfassen.

In Streitsachen sind die Notare zur Parteivertretung nicht berechtigt, und ist ihre Intervention der eines Privatbevollmäch-

[1]) Die Erfordernisse zu diesem Amte bestimmt §. 6 der Not. O. vom 25. Juli 1871, R. 75; sie sind: Heimatrecht, Alter von 24 Jahren, Eigenberechtigung, Unbescholtenheit, absolvirte jurid. Studien, die theor. Staatsprüfungen oder das Doktorat, vierjährige Praxis, davon zwei Jahre beim Notar, die anderen bei Gericht oder einem Advokaten, Notariats- (ev. Richteramts- oder Advokaten-) Prüfung.

Digitized by Google

tigten gleich, daher nur zulässig im Sum. und im Bag. V., und nur soweit sie sich nicht zum Erwerbszweig gestaltet.

II. Öffentliche Agenten werden von der politischen Landesstelle[2]) zugelassen[3]) zu gewerbsmäßiger Besorgung jener Geschäfte, welche nicht durch bestehende Gesetze anderen befugten Parteivertretern ausdrücklich vorbehalten sind, Hfkzd. v. 16. April 1833, J. M. E. v. 11. März 1863 Z. 2087.

III. Als Winkelschreiber sind zu strafen jene, welche ohne berechtigter Rechtsfreund zu sein, in jenen Streitsachen, für welche Advokatenzwang besteht, im Namen der Partei einschreiten oder Eingaben verfassen, oder es sonst unbefugt zum Geschäftsbetriebe machen, Rechtsurkunden oder gerichtliche Eingaben für Parteien zu verfassen, oder als Bevollmächtigte bei Gericht einzuschreiten, gleichviel ob der Bezug eines Entgeltes erwiesen, oder die gewinnsüchtige Absicht auch nur aus der Menge der verfaßten Rechtsurkunden oder Eingaben, aus häufigem Einschreiten in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten, aus der Beibringung verstellter Zessionen, oder aus anderen Umständen zu folgern ist. Gegen solche Personen hat jenes Gericht erster oder höherer Instanz, bei welchem sie als Winkelschreiber thätig werden, von Amtswegen einzuschreiten, und sie mit einer Geldstrafe von 5 bis 200 fl. R. M. oder Arrest von 24 Stunden bis 6 Wochen zu belegen. Gegen die Entscheidung steht innerhalb 14 Tagen Rekurs zu. Advokaten und Notare, welche die Winkelschreiberei durch Signirung der Eingaben unterstützen, werden disziplinär bestraft, M. V. v. 8. Juni 1857 R. 114.

---

[2]) Erfordernisse: jurid. Studien, dreijährige Praxis bei einer Staatsbehörde, einem Advokaten oder Agenten, die bei der Statthalterei unter Beiziehung eines O. L. G.-Rathes vorgenommene Prüfung, und Kaution von 10000 fl. Konv. Mze.

[3]) Derzeit zur Vermeidung von Konkurrenz für Notare nur ausnahmsweise, Staats-M. E. v. 28. Feber 1863, Z. 2306.

Digitized by Google

§. 48.

Veränderungen auf Seite der Parteien.*)

I. Der Tod einer Partei begründet eine Universalsukzession in das Vermögen, und eine translatio judicii, soweit der Rechtsstreit das Vermögen betrifft. Nach §. 811 b. G. B. hat den Verstorbenen ein Verlassenschaftskurator, oder der erbserklärte Erbe zu vertreten. Wie nun ohne solche Vertretung der Prozeß nicht beginnen kann, so kann er auch ohne sie nicht fortgesetzt werden, daher bringt der Tod den anhängigen Prozeß von selbst zum Stillstand;[1]) das unterbrochene Verfahren muß reassumirt werden von dem Kurator oder erbserklärten Erben, oder gegen denselben. Kein Stillstand tritt ein, wenn der Verstorbene im Prozesse von einem Advokaten vertreten war, da die Vollmacht des Advokaten ordnungsmäßig die clausula heredum enthält, oder diese vom Gesetze supplirt wird, §.416 (548). Nach §. 1022 b. G. B. ist übrigens auch ein gemeiner Bevollmächtigter zur Fortführung des ihm aufgetragenen Geschäftes berufen.

Eine ähnliche Universalsukzession hat statt bei Fusion von Handelsaktiengesellschaften, Art. 215 und 247 H. G. B.[2]) Der Vorstand der fusionirenden Gesellschaft übernimmt von dem Vorstand der aufgelösten Gesellschaft den Prozeß, ohne daß dieser zum Stillstand kommt, weil eine anschließende Vertretung besteht.

II. Für den Fall einer Singularsukzession in das materielle Rechtsverhältniß, auf welches sich der Streit bezieht, ist zu unterscheiden, wie folgt:

a) Wenn der Kläger im Zuge des Prozesses den geltend gemachten Anspruch zedirt, oder die mit einer dinglichen Klage verfolgte Sache veräußert, so ist, sobald der Beklagte davon

*) Wetzell: S. 41.

[1]) Anderer Ansch. Menger: Streitparteien in Grünhuts Zeitschrift 7, 713.

[2]) A. Rosenbacher, in den Mittheil. d. deut. Juristen V. 1875, S. 49.

Digitized by Google

Wissenschaft erlangt (§. 1395 b. G. B.), das Klagebegehren für den Kläger durch den Wegfall der Aktivlegitimation vereitelt. Eine Behauptung dieses Begehrens ist nur möglich bei Eintritt des Nachmannes in den Prozeß,[3]) für welchen der Vormann zu sorgen hat. Durch den Eintritt des Nachmannes scheidet der Vormann nicht aus, denn er ist durch die Prozeßobligation an den Prozeß gebunden, er hat für sich die Entscheidung der Streitsache abzuwarten, und bleibt für die Kosten des Rechtsstreites haftend.[4]) Der Nachmann tritt in den Prozeß ein mit dem Antrag, dem Klagebegehren, wie es gestellt und begründet ist, zu seinen Gunsten stattzugeben: er wird also nicht bloß Streitgehilfe, sondern Streitpartei, für welche die Entscheidung wirksam werden soll daher sind der Vor- und Nachmann als Streitgenossen zu behandeln.

b) Veräußert der Beklagte die Sache, zu deren Herausgabe er nach dem Klageverhältnisse obligirt sein soll, so ist dieser Dispositionsakt des Beklagten über das, was ihm gehört, für die Entscheidung des Prozesses ohne Bedeutung. Wurde der Beklagte mit einer dinglichen Klage auf Herausgabe einer Sache belangt, so hat, wenn der Beklagte nach zugestellter Klage die Sache veräußert, und der Kläger sich nicht durch Sequestration geschützt hat, der §. 378 b. G. B. Anwendung: der Kläger wird mittelst des anhängigen Prozesses allerdings nicht mehr zur Sache selbst, doch aber zum Interesse (bei unfreiwilliger Veräußerung zu dem erzielten Kaufpreis) gelangen.

c) Übergeht jenes Rechtsverhältniß, welches die Aktiv- und Passivlegitimation begründet, so bei der confessoria actio das

---

[3]) Hfd. v. 13. Mai 1785 N. 431 schließt das Auftreten eines anderen Klägers oder anderen Beklagten nach der Litiskontestation aus, aber in zweifellos unrichtiger Anwendung auf die Intervention. Vgl. auch Menger: Streitparteien, Grünhuts Z. 7, S. 706.

[4]) Unger: System 2, S. 527 und S. 540, Nte. 27.

Digitized by Google

Grundstück, auf welches sich die in Anspruch genommene Dienstbarkeit bezieht

α) von Seite des Klägers auf eine andere Person, so ist der Eintritt des Nachmannes in den Rechtsstreit zur Behauptung des Klagebegehrens nothwendig; der Vormann scheidet aus dem Prozesse nicht aus, denn er ist, abgesehen von dem Interesse an dem Ausgang des Streites, welches aus seiner Haftung für den Bestand des eingeklagten Rechtes erwächst, für die Prozeßkosten haftbar;

β) von Seite des Beklagten auf eine andere Person, so nimmt diese Ereignung auf den Prozeß keinen Einfluß, wenn bloß eine Einzelnleistung in Frage steht, für welche der Beklagte persönlich haftet, oder wenn zu Folge einer grundbücherlichen Vormerkung oder Anmerkung (vergl. §§. 59, 61, 69, 70 Grundb. O.) der Erfolg des mit dem Vormann durchgeführten Prozesses auch für den Nachmann maßgebend ist. In anderen Fällen behält der anhängige Prozeß, bei Abgang einer gesetzlichen Hilfe, den Nachmann zum Streit zu stellen, bloß Bedeutung für die Kosten und für allfälligen Ersatz.

III. Wird über das Vermögen einer Prozeßpartei der Konkurs eröffnet, so tritt in die Prozesse, welche die Konkursmasse betreffen, die Gläubigerschaft an Stelle des Gemeinschuldners nach Maßgabe der Kon. O. (§. 7 fol.). Im Konkursfalle ist überdies die Gläubigerschaft allein zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners berechtigt; daher wird auch der durch die Anfechtungsklage eines Gläubigers bereits eingeleitete Prozeß durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners unterbrochen, und kann, wenn der Masseverwalter von dem Rechte, in den anhängigen Prozeß an Stelle des Gläubigers einzutreten, nicht Gebrauch macht, von den bisherigen Streittheilen nur rücksichtlich der Prozeßkosten wieder aufgenommen werden, wobei ihnen vom Zeitpunkte der Zustellung der gerichtlichen Reassumirungserklärung neuerlich die vollen gesetzlichen Prozeßfristen zugute kommen, §. 40, G. vom 16. März 1884 R. 36.

Digitized by Google

IV. Ein Personenwechsel ohne Sukzession in das Rechtsverhältniß erfolgt: a) wenn im Zuge des Verfahrens die Prozeßpartei eigenberechtigt wird. Da die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt sogleich erlischt, §. 172 und 251 b. G. B., muß der Eigenberechtigte den Prozeß selbst, oder durch einen bestellten Bevollmächtigten fortführen; ein Stillstand des Verfahrens hat nicht statt; — b) wenn die eigenberechtigte Partei unter Kuratel gestellt wird. Der Verlust der Eigenberechtigung fällt mit der Bestellung des Kurators zusammen, welcher den Prozeß in jener Lage aufnimmt, in welcher er sich befindet; — c) wenn ein Wechsel in der Person des Vertreters des Nichteigenberechtigten erfolgt. Fällt die Enthebung des früheren mit der Bestellung des neuen Vertreters zusammen, §§. 177 und 253 fol. b. G. B., so kommt der Prozeß nicht zum Stillstand; liegt aber eine Zeit zwischen der Einstellung der Thätigkeit des früheren und der Bestellung des neuen Vertreters, §§. 176, 187 und 249 b. G. B., so wird der Prozeß nothwendig unterbrochen, und muß nach Bestellung des neuen Vertreters reassumirt werden.

Digitized by Google

Zweiter Theil.

Das Streitverfahren.

Erster Titel.

Der Rechtsstreit im Allgemeinen.

1. Abschnitt.

Der Prozeßgang im Allgemeinen. Die Grundsätze des Zivilprozeßrechtes.

§. 49.

Der Prozeßgang.

Im Wege des Zivilprozesses werden Privatrechtsansprüche von den Gerichten nach allgemein verbindlichen Normen festgestellt und, wenn nöthig, zwangsweise realisirt. Der Zivilprozeß umfaßt demnach das Erkenntnißverfahren und das Vollstreckungsverfahren.

Das Erkenntnißverfahren wird eröffnet mit der Klage. Die ihr etwa vorausgehenden Prozeßhandlungen erscheinen entweder als Veranlassungen zum Streite (Aufforderung, Kündigung, bez. Räumungs- und Übernahmsauftrag im Bestandverfahren, der Mahnbefehl und Einspruch dagegen), oder als Sicherungsmittel des Streites (Arrest), der Streitsache (Sequestration), des Streiterfolges (Verbot), oder des Beweises (Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß).[1]) Die Klage ist der Antrag auf Prozeß und urtheilsmäßige Feststellung eines bestimmten Anspruches. Sie hat den Prozeß zur Folge, wenn der Richter das rechtliche Verfahren einleitet, und der Beklagte sich dessen nicht erwehrt. Der Prozeß ist

[1]) Canstein: Lehrb. 2, S. 100: „Vorläufer des Prozesses".

Digitized by Google

ein Rechtsverhältniß zwischen dem Gericht und den Parteien; es umfaßt eine Reihe von aufeinander folgenden Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, welche das streitige Rechtsverhältniß selbst, oder Rechte und Pflichten der Parteien im Prozesse zum Gegenstande haben.[2]) Die vom Gerichte vermittelte Parteiverhandlung beschafft das Urtheilsmaterial; sie bildet die Grundlage, sie bestimmt den Inhalt und Umfang der gerichtlichen Entscheidung; sie ist Instruktionsverhandlung. Die Instruktionsverhandlung schließt ab, wenn die vom Gesetze zugelassene Verhandlung erschöpft ist, oder die Partei auf weitere Verhandlung verzichtet, oder solche versäumt oder verweigert, eventuell auch wenn der Richter die Verhandlung spruchreif findet.

Dem Instruktionsverfahren folgt die Entscheidung; sie ist Beweisverfügung, wenn der Richter einen in Antrag gebrachten Zeugen- oder Sachverständigenbeweis zuzulassen findet, in welchem Falle der Endentscheidung noch ein besonderes Beweisverfahren vorausgeht; sie ist Endurtheil, wenn die Streitsache unbedingt, oder bedingt von der Leistung oder Verweigerung eines Parteieides entschieden wird.

Prozessualische Rechte und Pflichten der Parteien, deren gerichtliche Feststellung für den weiteren Verlauf des Prozesses maßgebend ist, bilden den Gegenstand von Nebenstreitigkeiten und Zwischenentscheidungen. Die gerichtliche Entscheidung kann von den Parteien als nichtig, als ungerecht, oder als unbillig mit Rechtsmitteln angefochten werden. Ist das Rechtsmittel versagt, oder versäumt, oder erschöpft, oder ist darauf verzichtet, so ist die Entscheidung rechtskräftig. Einer rechtskräftigen kondemnatorischen Sachentscheidung folgt, wenn dem Richterspruche nicht freiwillig genügt wird, über Parteiantrag Zwangsvollstreckung. Diese ist Durch-

[2]) Weismann: Hauptintervention, 1884, S. 95, Nte. 9. — Klein: Schuldhafte Parteihandlung, 1885, S. 35: „der Prozeß ist ein Rechtsverhältniß mit sukzessiver Thatbestandsverwirklichung". — (Schultze: Konkursrecht, 1880, S. 139: Prozeß ist ein Rechtsgeschäft.)

Digitized by Google

setzung des Privatrechtsanspruches durch die Staatsgewalt. Zwangsvollstreckung hat auch statt, wenn ein Rechtsanspruch in anderer Weise als durch Richterspruch unanfechtbar festgestellt ist.

§. 50.

Die Grundsätze des Zivilprozeßrechtes.

Das Zivilverfahren hat nach den von der Gesetzgebung bei Ordnung desselben festgehaltenen Grundsätzen eine verschiedene Gestaltung. Einige Grundsätze für die Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens folgen aus dem Wesen der staatlichen Rechtshilfe und der Natur des Zivilprozesses; sie dürfen von einem Kulturstaate nicht verleugnet, müssen daher als Prinzipien bezeichnet werden; — andere Grundsätze erscheinen als historische Gebilde, welche verschiedener Werthschätzung unterliegen, daher nur als Maximen des Zivilprozesses gelten können.

I. Prinzipien des Zivilprozeßrechtes. Es folgt:

1. aus dem Wesen einer geordneten Rechtsverfolgung die Beschränkung der Selbsthilfe auf Nothfälle;

2. aus der Nothwendigkeit der Sicherung der Gerechtigkeit: a) der Ausschluß der Kabinetsjustiz; b) die Verwaltung der Gerechtigkeit durch gesetzmäßige Gerichte, und unabhängige Richter;

3. aus dem Begriffe der Gerechtigkeit das Prinzip beiderseitigen Gehöres.[1]) Niemand soll ungehört verurtheilt werden. Gefordert ist hiermit keineswegs, daß der Richter nur auf Grund beiderseitiger Äußerung entscheide, sondern nur, daß jedem Theile ausreichende Gelegenheit, sich vernehmen zu lassen, gegeben, und durch Anhörung beider Theile die Ermittlung der Wahrheit angestrebt werde. Ausgeschlossen ist nicht die einseitige Abweisung eines Antrages, — die Umgehung vorhergehenden Gehöres wegen Liquidität des Anspruches, — die Erlassung einer provisorischen Verfügung über einseitiges Ansuchen, sofern dem Gegner nach-

[1]) Menger: System §. 22.

Digitized by Google

trägliche Remonstration vorbehalten wird. Die Zwangsvollstreckung bietet einer Parteiverhandlung nur Raum, soweit sie von erst festzustellenden Voraussetzungen bedingt, oder das Exekutionsrecht bestreitbar erscheint; daher gilt hier der Grundsatz richterlicher Verfügung auf einseitigen Antrag;

4. aus der Natur der Privatrechte folgt das Dispositionsprinzip. Das Dispositionsrecht der Partei über den im Prozesse geltend gemachten Privatrechtsanspruch begründet eine Parteidisposition über das Streitverhältniß selbst, u. zw. über den Beginn, über die Fortführung des Prozesses, über den Inhalt und den Umfang der Entscheidung, über die Einleitung und Richtung der Exekution und die Wiederaufnahme des Verfahrens. Es gelten daher als Grundsätze: a) **nemo judex sine actore**, §. 1. Der Beginn des Rechtsstreites, das Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahren fordern einen Antrag der Partei. Ausnahmen gelten wegen des obwaltenden öffentlichen Interesses im Eheprozesse; — b) **nemo invitus agere cogitur**, §. 65 (60). Die gesetzlich zugelassene Aufforderung begründet eine Nöthigung zur Geltendmachung von Rechten; — c) **ne procedat judex ex officio**, §. 1. Die Thätigkeit des Richters wird durch die gesetzmäßige Erledigung des Parteiantrages erschöpft; die Weiterführung des Rechtsstreites ist vom weiteren Antrag der Partei abhängig; — d) **ne eat judex ultra petita partium**, §. 248 (325); der Richter darf der Partei nicht mehr, als sie beantragt hat, auch nicht Anderes, wohl aber darf er ihr weniger, als sie begehrt hat, zuerkennen. Das gilt auch von den Akzessionen (Früchten, Zinsen u. s. w.), und selbst von den Prozeßkosten, deren ordnungsmäßige Liquidirung als Begehren um Zuspruch gilt, §. 403 (536).

II. Als Maximen des Zivilprozesses erscheinen:

1. Die Verhandlungs- im Gegensatze von der Forschungsmaxime.[2]) Sie bedeutet die Parteiherrschaft über den

[2]) Menger: System §§. 20 und 21.

Digitized by Google

Prozeßinhalt (den Prozeßstoff). Wie die Geltendmachung der Privatrechte überhaupt von dem Willen der Partei abhängt, so muß auch die Geltendmachung von Thatsachen und Beweismitteln zur Begründung von Angriff und Vertheidigung den Parteien überlassen bleiben.[3]) Für die freie Forschung des Richters fehlt das öffentliche Interesse an der Streitsache; die Zulassung derselben würde den Zivilprozeß jeder festen Norm und entsprechenden Begrenzung entkleiden.

Die Verhandlungsmaxime ist in der G. O. streng durchgeführt. Die Parteien haben die Thatsachen, aus welchen sie sich einen Rechtsanspruch oder eine Vertheidigung erwachsen glauben, mit den dafür zu Gebote stehenden Beweismitteln in ihren Satzschriften auszuführen, §. 3 fol.; bei mündlicher Verhandlung ist nur das Parteivorbringen zu Protokoll zu nehmen, §§. 18, 28 (19, 24). Der Richter ist wohl verpflichtet, den von der Partei angebotenen Beweis aufzunehmen, aber nicht berechtigt, Beweis oder mehren Beweis zu fordern, §. 106 (172). Er entscheidet nach dem Inhalt der Akten (**judex judicet secundum allegata et probata partium**), ohne sein Privatwissen einzumischen. Nur auf Recht und Gesetze hat der Richter von Amtswegen bedacht zu sein (Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 621); er hat nach der G. O. zu verfahren, also ein der G. O. fremdes Verfahren auszuschließen; er hat für den regelmäßigen Fortgang des Prozesses zu sorgen, wenn dieser Fortgang nicht von einem Parteiantrage bedingt ist; er hat nach dem geltenden Rechte zu entscheiden, auch wenn die Parteien nicht, oder wie sie in unrichtiger Weise darauf Bezug genommen haben.

[3]) Heusler im Archiv f. ziv. P. **62**, 251, Nte. 10: „Verhandlungsprinzip ist ein doktrinärer Schulbegriff, als solcher für die Erklärung gewisser Erscheinungen nützlich. Man hüte sich aber, ihn aus dem innersten Wesen des Rechtes, zumal des Zivilrechtes, herleiten zu wollen." Dagegen Wendt, ebenda **63**, 263; Wach, ebenda **64**, 203; Derf.: Vorträge 148 f.

Digitized by Google

Eine größere Aufgabe ist dem Richter von der G. O. zugewiesen, wenn er bei mündlicher Verhandlung die rechtsfreundlichen Beistandes entbehrende Partei zu manuduziren hat, §. 20 (21); doch ist ihm auch dabei versagt, in das Innerliche des Geschäftes selbst einzugehen, der Partei Behelfe an die Hand zu geben, oder ihr das Begehren in den Mund zu legen (Res. v. 11. Sept. 1784 N. 336).

In den neueren Gesetzen ist das Prozeßleitungsrecht des Richters erweitert. Das sum. V. verpflichtet den Richter, die Parteien zu genauen Angaben über die entscheidenden Umstände und zur Benützung der erforderlichen Beweismittel aufzufordern, und zu bestimmter und klarer Äußerung über die von dem Gegner angeführten Umstände, und die Echtheit der beigebrachten Urkunden anzuweisen (§. 25); es berechtigt ihn, den Schätzungs- und Erfüllungseid von Amtswegen aufzulegen (§. 35). Das Bag. V. weist den Richter an, durch geeignete Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Begehren erläutert, ungenügende Angaben geltend gemachter Thatsachen ergänzt, die Beweismittel bezeichnet, und alle zur Feststellung des Sachverhaltes nöthigen Erklärungen abgegeben werden (§. 20); es ermächtigt ihn, die Vornahme eines Augenscheines und die eidliche Abhörung der Parteien als Zeugen[4]) anzuordnen. Das Handels-G. B. berechtigt den Richter, über Antrag die Vorlegung der Handelsbücher zu verfügen (ar. 37), und bei dem Beweise durch Mäklerbeurkundung die eidliche Bestärkung durch den Mäkler und andere Beweise zu fordern (ar. 77). Hiermit ist die Verhandlungsmaxime wohl gemäßigt aber nicht beseitigt, weil das Parteivorbringen Grundlage der Entscheidung bleibt.

Entfallen ist die Verhandlungsmaxime im Verfahren über die Ungiltigkeit oder Trennung einer Ehe, (§. 13 Ehe-V.), weil

[4]) Menger, a. a. O. §. 21 Nte. 25, erachtet auch die Anordnung eines Sachverständigenbeweises in das Ermessen des Richters gestellt.

Digitized by Google

es sich dabei nicht mehr um Privatrechte handelt, ferner im Besitzstörungsverfahren, in welchem der Richter Thatsachen und Beweismittel in den Prozeß einführen kann.[5]) Die Verhandlungsmaxime gilt nicht in Disziplinarprozessen, welche Nebengebilde des Strafverfahrens sind.[6])

2. Die Maxime der formalen und arbiträren Ordnung.[7]) Die Reihenfolge der Prozeßhandlungen kann vom Gesetze ohne Rücksicht auf den Willen des Richters und der Parteien, und ohne Bedacht auf die Beschaffenheit der Streitsache geordnet sein (formale, legale Ordnung), oder aber sich nach dem Bedürfnisse des konkreten Falles bestimmen, also dem Richter überlassen sein, die Ordnung der Prozeßhandlungen nach Benehmen mit den Parteien der Sachlage anzupassen (arbiträre Ordnung). Immer untersteht die Ordnung des Prozesses der Herrschaft des Gesetzes, nur das Prozeßleitungsrecht des Richters hat einen verschiedenen Inhalt; es beschränkt sich bei dem Verfahren mit legaler Ordnung darauf, die Verhandlung auf der vom Gesetze vorgezeichneten Bahn fortzuführen, bei dem Prozeß mit arbiträrer Ordnung aber begreift es das Recht, das gesetzliche Verfahren den Bedürfnissen des konkreten Falles anzupassen.

Das schriftliche und mündliche Verfahren der G. O. und das Sum. V. ist gesetzlich geordnet. Der Prozeß ist in Abschnitte mit bestimmtem Inhalt getheilt (Instruktionsverfahren umfassend: Klage, Einrede, Replik, Duplik, allenfalls auch Triplik und Quadruplik, — Beweisverfahren zur Antretung, Aufnahme und Ausführung des im Instruktionsverfahren angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweises, Erkenntniß-, Rechtsmittel- und Exekutionsverfahren); die Abschnitte sind gesetzlich aneinander gefügt.

---

[5]) Vergl. aber Birkmeyer in der Zeitschr. f. d. Z. P. 7, 155: Offizialverfahren besteht nur bei Verdrängung des Rechtes der Parteien, über die res in judicium deducta direkt oder indirekt zu disponiren.

[6]) Menger: System S. 266.

[7]) Menger: a. a. O. §§. 23–25.

Digitized by Google

Im Ehe-V. beugen sich die Bestimmungen über mündliches Verfahren dem Zwecke einer von Amtswegen zu pflegenden Untersuchung. Im Besitz- und Bag. V. gilt arbiträre Ordnung: die Verhandlung vor dem Instruktionsrichter umfaßt die Behauptungen, die Anbietung und auch die Aufnahme der Beweise; der Prozeßstoff kann stückweise zur Verhandlung gelangen.

3. Die Konzentrationsmaxime (Eventualmaxime).[8]) Bei Aufnahme derselben ist geboten, die demselben Prozeßzwecke dienlichen Angriffs- und Vertheidigungshandlungen gleichzeitig und zusammen vorzubringen, obschon der Prozeßzweck auch durch eine dieser Handlungen erreicht werden kann (Konzentration), also die übrigen nur für den Fall von Bedeutung sind, als die vorangestellten nicht zum Ziele führen (Eventualmaxime).[9])

Diese Maxime ist in der G. O. konsequent durchgeführt. Der Kläger hat in der Klage das Faktum, woraus er sich ein Recht erwachsen zu sein glaubt, vollständig mit allen Umständen, welche zur Bewährung seines Rechtes dienlich sein können, anzubringen, §. 3. In der Antwort auf die Klage hat der Beklagte seine Gegenbitte zu stellen, und alle Einwendungen, mit welchen er sich auf Zeit oder für immer schützen zu können glaubt, allenfalls verbunden mit der Negation des Klagefaktums vorzubringen, §§. 5—8 (5—7). In den weiteren Reden ist nur gestattet, die in der vorausgegangenen Rede vorgebrachten Umstände zu beantworten und solche Umstände vorzubringen, mit welchen das neue Vorbringen des Gegners widerlegt wird, §§. 9 und 10. Als konkurrirend gilt auch die Anbietung der Beweismittel für die aufgestellten Behauptungen §. 12 (Beweisantizipation), und damit auch die Vertheidigung gegen den Beweis. Was nicht am rechten Orte vorgebracht ist, gilt als versäumt, u. zw. für den ganzen Prozeß (Präklusion) §§. 47, 53 (44). Ein Nachholen des Versäumten

[8]) Menger: System §§. 26—28.
[9]) Bar: Das deut. Zivilprozeßrecht 1880, S. 15.

Digitized by Google

kann der Gegner zulassen, und der Richter aus Billigkeit bewilligen; niemals kann das Versäumte im Rechtsmittelverfahren nachgetragen werden. Die Beschwerden gegen denselben Spruch sind, gleichviel ob sie eine Ungerechtigkeit oder Nichtigkeit behaupten, zu verbinden, §. 262 (342).

Im mündlichen Verfahren, bei welchem die Partei zu manuduziren ist, und im Sum. V. hat der Richter die Verhandlung allerdings so zu leiten, daß mit Vermeidung von Zeitverlust Einrede, Replik und Duplik in gehöriger Ordnung zu Protokoll gebracht, und damit wo möglich der Prozeß geschlossen werde; doch hat er sich an eine Zeit und Ordnung der Reden nicht zu binden, und alle beiden Theilen zu statten kommenden Beweise in das Klare zu setzen (Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 620), also jedem Theile zu gestatten, früher aus Versehen übergangene Beweismittel nachzuholen (§. 25 Sum. V.). Im Sum. V. ist der Richter ausdrücklich ermächtigt, auch nach geschlossenem Verfahren wahrgenommene Mängel vor der Entscheidung durch wiederholte Vorladung und Vernehmung der Parteien (Ergänzungstagsatzung) zu verbessern.

Im Besitz- und Bag. V. hat zu Folge der arbiträren Ordnung die Eventualmaxime nur beschränkte Geltung. Die Verhandlung schließt die Aufnahme aller Beweise in sich, und ist bis zum Schlusse ein Ganzes, innerhalb dessen nach Bedarf neue Thatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden können. Im Bag. V. kann der Richter die Aufnahme von Beweisen, in Ansehung welcher er die Ueberzeugung gewinnt, daß sie ausschließlich zur Verschleppung angeboten werden, verweigern (§. 31 Bag. V. — Souverainität).

4. Der Grundsatz der Schriftlichkeit und Mündlichkeit, dann der Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit.

Im Sinne der G. O. und der sich daran schließenden summarischen Prozesse ist schriftliches Verfahren jenes, in welchem die Parteien ihre Anträge und deren Begründung in Form von

Digitized by Google

Eingaben bei Gericht anzubringen haben, — mündliches Verfahren aber jenes, wo die Parteien ihre Anträge in Tagsatzungen stellen, zu welchen beide Theile zu laden sind, und in welchen die Verhandlungen vom Richter selbst oder unter dessen Intervention zu Protokoll genommen werden. In beiden Fällen ist der Inhalt der Akten Inhalt des Prozesses, also nur das schriftlich Fixirte Grundlage der Entscheidung, so daß diese auch von einem Richter geschöpft werden kann, welcher an der Instruktion keinen Antheil genommen hat. Immer wird der Richterspruch auch schriftlich ausgefertigt den Parteien zugestellt, §. 250 (327). Zu einer solchen Gestaltung des Verfahrens führte die Anschauung, daß es sich empfehle, die Verhandlung im vollen Umfange schriftlich zu fixiren, damit der Richter bei der Entscheidung nichts von dem, was die Parteien vorgebracht haben, übersehe, und die Entscheidung des ersten Richters ohne Weitläufigkeit von einem zweiten und dritten Richter überprüft werden könne. Die protokollarische Verhandlung war geboten für jene Prozeßakte, welche eine Mitwirkung des Richters erfordern, oder auf welche dem Richter ein Einfluß gewahrt werden wollte; — sie wurde an Stelle der schriftlichen Eingaben zugelassen, soweit Advokatenzwang nicht aufgestellt werden konnte, also der Richter die Parteien vor den aus Rechtsunkenntniß drohenden Nachtheilen zu wahren berufen werden mußte. Die formale Verschiedenheit der Verhandlung verblaßt, wenn den Parteien oder ihren Vertretern gestattet wird, an Stelle mündlicher Verhandlung als Protokolle bezeichnete Schriftsätze einzulegen.

Bei einem so gestalteten Verfahren wird der erkennende Richter durch das Studium der Akten, bei kollegialer Organisation durch das Referat eines Richterkollegen, also immer nur mittelbar[10])

[10]) Menger: System §. 29 gründet auf diese Verschiedenheit der Information des Spruchrichters die Theilung in ein unmittelbar, und ein mittelbar schriftliches Verfahren.

Digitized by Google

informirt. Man findet es nun für die richterliche Entscheidung von erheblicher Bedeutung, daß jener Richter, welcher die Entscheidung zu fällen, oder daran Antheil zu nehmen hat, die Instruktions- und Beweisverhandlung selbst pflege, dabei auf die Vervollständigung und Aufhellnng des Vorbringens entsprechenden Einfluß nehme, und bezeichnet ein so gestaltetes als ein unmittelbares Verfahren.

Jedes unmittelbare Verfahren erfordert eine Verhandlung in Tagsatzungen (Terminen, Audienzen). Dabei wird von jener Form, wo der Richter verpflichtet wird, die gepflogene Verhandlung im vollen Umfang zu Protokoll zu nehmen, und in dieser Form seiner Entscheidung zu Grunde zu legen (schriftliches unmittelbares Verfahren), allgemein abgesehen, weil eine solche Protokollirung das Verfahren schleppend und ermüdend gestaltet, und die Besorgniß begründet, daß der Richter im Vertrauen auf das Protokoll der Verhandlung nur getheilte Aufmerksamkeit schenken könnte. Jenes Verfahren, in welchem der Richter der erschöpfenden Protokollirung enthoben und verpflichtet ist, Alles, was mündlich vorgebracht wurde, und nur dieses der Entscheidung zu Grunde zu legen, bezeichnet man als mündliches unmittelbares Verfahren. Allerdings ist auch in diesem Verfahren der Schrift nicht völlig zu entrathen; es sind Schriftsätze nothwendig zur Einleitung des Streitverfahrens, und zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung; schriftliche Feststellungen sind nothwendig zur Erinnerung an das Vorbringen und zur Beglaubigung desselben; in Nothfällen muß auch eine Verhandlung oder Beweisaufnahme zu Protokoll zugelassen werden. Diese mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte verträgt eine gesetzliche Ordnung des Verfahrens nicht; auch darf der Partei aus einem Versehen im Vortrage nicht sofort ein Nachtheil erwachsen; der Richter muß, um größere Rechtssachen bewältigen zu können, befugt sein, das Verfahren so zu gestalten, daß sein Gedächtniß zur Beherrschung des Prozeßstoffes zureiche.

Digitized by Google

In einem solchen Verfahren kommt der Grundsatz arbiträrer Ordnung nothwendig zur Geltung, und verliert die Konzentrationsmaxime ihre Schärfe.

Mündlich unmittelbares Verfahren gilt derzeit bloß für Bagatellsachen; der Entwurf der Z. P. O. stellt es allgemein in Aussicht.

5. Die Heimlichkeit und Öffentlichkeit. Das schriftliche Verfahren mittelst Eingaben, oder Protokollaraufnahmen an Stelle der Eingaben entzieht sich von selbst der Volksöffentlichkeit, wird daher geheimes Verfahren genannt, obwohl Parteiöffentlichkeit besteht, zu Folge welcher das Vorbringen der einen Partei der Gegenpartei bekannt wird, entweder durch Zustellung einer Ausfertigung der Eingabe, oder durch Einsicht, oder Zumittlung einer Abschrift des Protokolles.

Volksöffentlichkeit ist mit der unmittelbaren Verhandlung vor dem erkennenden Richter vereinbar. Sie ist bei einem unmittelbaren mündlichen Verfahren, abgesehen von der Bedeutung für die Belebung des Rechtsbewußtseins im Volke, kaum zu entbehren, weil sie die Ausartung des richterlichen Ermessens in Willkür ausschließt, den unmittelbaren Verkehr zwischen Gericht und Anwalt in gemessene Grenzen bannt, und Richter und Parteivertreter in Betreff ihrer Berufstüchtigkeit und Pflichttreue öffentlicher Kontrole unterstellt. Diese Volksöffentlichkeit inkludirt die Berechtigung zur Veröffentlichung der Verhandlung durch die Presse. Im Interesse der öffentlichen Rechtspflege aufgestellt, soll sie der Vereinbarung der Parteien nicht weichen; sie muß beschränkt werden, soweit es die Würde des Gerichtes und die Verhandlung selbst fordert; sie muß ausgeschlossen werden, wenn es öffentliche Rücksichten gebieten.

Volksöffentlichkeit gilt im Bag. V. (§. 17).

6. Der Grundsatz formeller und materieller Wahrheit.

Das schriftliche Verfahren hat einen Formalismus im Gefolge. Es zerfällt das Verfahren in Abschnitte, deren Inhalt

Digitized by Google

gesetzlich bestimmt ist, und in einem späteren Stadium nicht mehr nachgeholt werden darf. Dem Richter ist auf die Geltendmachung von Thatsachen und Beweismitteln kein, oder nur ein beschränkter Einfluß gestattet. Für die Zulässigkeit der Beweismittel, und für die Würdigung der Beweisgründe gelten feste Regeln. Das Verfahren beruht auf der Annahme, daß die Parteien nicht versäumen werden, Alles, was zur Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung dient, rechtzeitig vorzubringen, und daß die Beweisregeln nur die Wahrheit und immer die Wahrheit festzustellen geeignet seien. Das Urtheil, welches den thatsächlichen Verhältnissen (der materiellen Wahrheit), entsprechen soll, entspricht doch nur dem Sachverhalt, wie er von den Parteien dargestellt und nach den Beweisregeln als existent erkannt wurde: es fördert juristische, formelle Wahrheit.

Bei dem mündlichen unmittelbaren Verfahren bringt das Prozeßleitungsrecht den Richter in die Lage, auf die Vollständigkeit der Verhandlung Einfluß zu nehmen. Die Öffentlichkeit und der Einfluß des Richters sichern die Wahrhaftigkeit der Parteiangaben. Die Unmittelbarkeit der Verhandlung ermöglicht es, auf jene in Protokollen nicht oder nicht genügend fixirbaren Momente Bedacht zu nehmen, welche für die Bildung der richterlichen Überzeugung von Bedeutung sind: sie drängt die Gesetzgebung, von Beweisregeln abzusehen, und auch jenen Gründen des Fürwahrhaltens Geltung zuzugestehen, für welche eine gesetzliche Formel nicht erfindbar war. Es sichert also die öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Erkenntnißrichter mit freier Beweiswürdigung die richtige Auffassung und Würdigung des Prozeßstoffes; sie sichert aber keineswegs die Vollständigkeit des Urtheilsmaterials, weil der Richter, zu Folge des Dispositionsrechtes der Parteien, deren Vorbringen durch Privatwissen und freies Forschen nicht ergänzen, und das, worüber ein Streit zwischen den Parteien nicht besteht, einer Wahrheitsprüfung nicht unterziehen darf. Die Ermittlung materieller Wahrheit wird also

Digitized by Google

auch in einem solchen Verfahren nicht erreicht, und auch nicht angestrebt.

In Österreich ist nur das Bag. V. ein öffentliches mündliches Verfahren mit freier Beweiswürdigung. Der Ehe- und Besitzprozeß sind Protokollarverhandlungen, bei welchen der Instruktionsrichter mit der Untersuchung der Sache betraut ist; im Ehe V. erleiden auch die Beweisregeln Modifikationen. Im Summ. V. ist der Formalismus wohl gemäßigt, aber nicht beseitigt, und den Beweisregeln ungeschwächte Herrschaft gewahrt.

2. Abschnitt.

Die Prozeßhandlungen.

§. 51.

A. Die Prozeßhandlungen der Parteien.

I. Gattungen der Parteihandlungen.

Gesetzlich erscheinen die Parteihandlungen als Rechtsbehelfe (Rechtsmittel im w. S.), welche den Parteien zur Geltendmachung oder zur Abwehr von Ansprüchen vor Gericht zustehen.

Dem Gerichte gegenüber sind die Parteihandlungen Gesuche (Anträge) um eine Verfügung oder Entscheidung.

Im Verhältniß der Parteien zu einander sind die Prozeßhandlungen derselben Angriffs- oder Vertheidigungshandlungen; jene bezielen die Gewährung, diese die Abwehr eines Antrages.

Die Angriffshandlung umfaßt ein rechtliches Fundament, ein thatsächliches (geschichtliches) Fundament, und ein Begehren (Petitum); sie stützt sich nämlich auf einen Rechtssatz, welcher an den Bestand gewisser Voraussetzungen bestimmte rechtliche Folgen knüpft, und auf den Bestand dieser Voraussetzungen im vorliegenden Falle, und schließt mit dem Gesuch um Zuerkennung jener Rechtsfolgen, welche sich aus der Subsumtion der konkreten Thatsachen unter

Digitized by Google

den Rechtssatz ergeben.[1]) Soweit die Rechtskenntniß des Richters reicht, ist die Ausführung des rechtlichen Fundamentes der Angriffshandlung nicht nothwendig.

Zur Abwehr des Angriffes dient: a) die rechtliche Gegenausführung, d. i. die Darlegung, daß selbst bei Annahme der Wahrheit des thatsächlichen Fundamentes des Angriffes, dieser im Rechte nicht begründet erscheint; — b) die Bestreitung der zur Begründung des Antrages angeführten Thatsachen (Widerspruch); — c) die Einrede, d. i. eine selbstständige Behauptung, deren Subsumtion unter das Gesetz ergibt, daß der nach den Thatsachen des Angriffes begründet erscheinende Antrag dennoch nicht bestehe. Die Einrede hat also die Bestandtheile einer Angriffshandlung, doch dient sie nicht zur Rechtfertigung, sondern zur Abwehr eines Begehrens.

Die Einrede kann wieder in dreifacher Art: durch Gegendeduktion, Widerspruch, und Gegeneinrede (Replik) abgewehrt werden; der Replik kann in gleicher Weise, also auch mit einer Duplik, dieser sohin auch mit einer Triplik u. s. w. entgegengetreten werden.

Zu Folge des Dispositionsprinzipes besteht weder ein Zwang zum Angriff, noch ein Zwang zur Vertheidigung. Nach der Verhandlungsmaxime ist Begründung des Angriffes und der Abwehr desselben Sache der Parteien. Nach der Konzentrationsmaxime sind die konkurrirenden Prozeßhandlungen gleichzeitig und vereint vorzubringen; zu Folge der Beweisantizipation sind für die Thatsachen, welche den Angriff, oder die selbstständige Vertheidigung (Einrede, Replik u. s. w.) begründen, die Beweise sofort anzubieten, und die von den Gegner angebotenen Beweise entweder mit Deduktion oder Beweiseinreden abzuwehren, oder durch Gegenbeweis zu paraly-

[1]) Schultze: Privatrecht und Prozeß 1883, S. 579: die Anträge der Partei sind Urtheile, d. h. Schlußfolgerungen aus den Rechtssätzen als Obersätzen und den behaupteten Thatbeständen als Untersätzen; sie sind aber nur logische (behauptete) Urtheile (Conclusions) ohne feststellende Kraft.

Digitized by Google

siren. Die im Kondizionalverhältnisse stehenden Prozeßhandlungen (Angriff, Vertheidigung) folgen nothwendig aufeinander.

Neben diesen rechtserheblichen Prozeßhandlungen, mit welchen die Parteirechte (Angriff, Vertheidigung) geltend gemacht werden, können unterlaufen prozessualische Rechtsgeschäfte der Parteien, d. i. Willensakte derselben, welche die prozessualische Rechtslage der Parteien modifiziren. Sie sind einseitige (Verzicht auf Vertheidigung, auf Leistung des Eides, auf Rechtsmittel), oder zweiseitige [Vereinbarungen auf den Stillstand des Prozesses, Verlängerung von Fristen, Erstreckung von Tagsatzungen).[2])

II. Form der Parteihandlungen.

Abgesehen vom Bag. V. ist Aktenmäßigkeit der Streitverhandlung gefordert. Grundlage der Entscheidung sind Eingaben der Parteien, und Verhandlungen zu Protokoll.

Die Eingaben sind zu Folge des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit zweifach einzubringen; der Rekurs und die Äußerung auf Fristgesuche wird einfach, die Klage gegen Streitgenossen (abgesehen vom Wechsel- und Mandatsprozesse), und gegen einen im Auslande wohnenden Beklagten (Hfd. v. 11. Mai 1833 Nr. 2612) dreifach eingebracht. Sind von der gerichtlichen Verfügung auf die Eingabe dritte Personen zu verständigen (bei Verbot, Exekution), so sind die hierzu erforderlichen Ausfertigungen (eine Ausfertigung der Eingabe, oder nur eine Rubrik derselben) mit einzurechnen. Von Urkunden, auf welche sich die Partei beruft, sind zur Mittheilung an den Gegner einfache Abschriften beizubringen: die Urschrift (eventuell eine beglaubigte Abschrift) ist vorzulegen, wenn ein Vorbringen liquid zu stellen ist (die legitimatio ad processum, die Voraussetzungen für ein Mandat, für einen Vollstreckungsbefehl). Die Bezeichnung der Beilagen ist gleichgiltig; usuell bezeichnet der Kläger die Beilagen

[2]) Wach: Geständniß, im Archiv f. ziv. Prax. 64, 238.

Digitized by Google

im Instruktionsverfahren fortlaufend durch alle Satzschriften mit lateinischen Buchstaben, der Beklagte mit arabischen Ziffern.

Die Eingabe enthält als Aufschrift den Titel und Namen der Behörde, sohin das Vorbringen (per extensum), und die Unterschrift, allenfalls mit Datirung; auf der Außenseite des in der Längenhälfte gebrochenen Bogens ist die Rubrik auszufertigen §. 14 (15), umfassend: a) die Bezeichnung des Gerichtes (Adresse); b) die Bezeichnung der Prozeßhandlung, welche die Eingabe enthält; c) der Streittheile Vor- und Zunamen, Charakter und Wohnung, eventuell die Namen der freiwilligen Vertreter und Prozeßbeistände derselben;[3]) d) eine kurze Bezeichnung der Streitsache; e) die Art der Ausfertigung der Eingabe, wenn sie nicht blos in duplo eingebracht ist; f) die Zahl und Bezeichnung der Beilagen.

Liegen Umstände vor, welche eine beschleunigte Erledigung der Eingabe erfordern, so werden diese auf der Rubrik ersichtlich gemacht (Wechselsache, Bestandsache, Besitzstörungssache, dringend wegen Alimentation, wegen Beendigung eines Konkurses u. s. w.).

Advokaten fertigen die Eingabe am Schlusse des Inhaltes **mandatario nomine**; wenn aber die Eingabe von der Partei selbst unterzeichnet ist, genügt die Fertigung des Advokaten auf der Rubrik.

Die Eingaben sind in der landesüblichen, §. 13, (14 im Lande bei Gericht üblichen) Sprache zu verfassen, widrigens zur Verbesserung zurückzuweisen. Von den nicht in der Gerichtssprache, oder einer der Landessprachen ausgestellten Urkunden, von welchen bei Gericht Gebrauch gemacht wird, sind die Parteien beglaubigte Übersetzungen mit beizulegen schuldig (Hfd. v. 22. Dez. 1835 N. 109).[4]) Solche Übersetzungen liefert der vom Gericht für die

[3]) Das Hfd. v. 24. Okt. 1791 (Kropatschek, 454) erinnert, daß die Eingaben wider den Gegentheil, und nicht gegen dessen Bestellten oder Advokaten zu rubriziren sind.

[4]) Das gilt auch von Urkunden, welche in lateinischer Sprache ausgefertigt sind, Ent. v. 2. Oktober 1883, Spruchp. 1, 111.

Digitized by Google

bezügliche Sprache bestellte Dolmetsch (§§. 287—292 kais. P. v. 9. Aug. 1854 R. 208); dieser hat die Treue der Übersetzung unter Bezug auf seinen Eid durch seine Unterschrift und sein Siegel zu bekräftigen.

Wird von der Urkunde außer dem Orte, wo der Dolmetsch seinen Wohnsitz hat, Gebrauch gemacht, so ist die Unterschrift desselben von dem Gerichte, bei welchem er in Pflicht steht, mit dem Beisatze zu beglaubigen, daß er als Dolmetsch gerichtlich beeidet ist.

Das gerichtliche Protokoll enthält Tag und Ort der Aufnahme desselben, die Verzeichnung der Seitens des Gerichtes und der Parteien anwesenden Personen, den Anlaß und Gegenstand der Verhandlung, sodann den Inhalt der Verhandlung, und am Schlusse die allseitige Fertigung.

Die Parteierklärung zu Protokoll hat in der Gerichts- oder landesüblichen Sprache[5]) zu erfolgen, §. 13 (14). Parteien, welche dieser Sprache nicht mächtig sind, müssen einen Vertreter bestellen. Nur das Zeugenverhör und die Beeidigung der Partei erfolgt, wenn nöthig, unter Beiziehung eines Dolmetsches. Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit wird gewahrt durch Zuziehung der Gegenpartei zur Verhandlung, Zulassung der Einsicht eventuell Ertheilung einer Abschrift des Protokolls.

Im Bag. V. wird die Streitsache auf Grund einer schriftlichen oder protokollarischen Klage mündlich verhandelt, und diese Verhandlung im Allgemeinen nicht protokollirt (§. 77). Anträge an den höheren Richter (Nullitätsbeschwerde und Rekurs) sind in einer Eingabe oder zu Protokoll anzubringen (§§. 79 und 84).

---

[5]) Die V. v. 19. April 1880, L. G. B. für Böh. 14, für Mähren 17, bestimmt im §. 2: Protokollarische Erklärungen der Parteien sind in jener der beiden Landessprachen aufzunehmen, in welcher die Erklärung abgegeben wird.

Digitized by Google

III. Wirkung der Parteihandlungen.

Die in einem Rechtsstreite vorgebrachten Behauptungen und Beweise sind Mittel für die Entscheidung dieser Rechtssache, nicht Gegenstand der Entscheidung; sie haben daher eine rechtliche Bedeutung für die Erreichung des konkreten Prozeßzweckes, nicht aber darüber hinaus. Für dritte Personen ist die Streitverhandlung ein rechtlich irrelevanter Vorgang, die Entscheidung selbst nur in Ausnahmsfällen von Bedeutung. Für die Streitparteien ist die Entscheidung Rechtsnorm; das Substrat der Entscheidung ist in der Entscheidung aufgegangen und mit derselben werthlos geworden. Der Grundsatz: daß jede Prozeßhandlung nur für jenen Rechtsstreit, in welchem sie vorgenommen wurde, rechtliche Bedeutung habe, ist anerkannt im §. 107 (173) und auch im §. 12.

B) Prozeßhandlungen des Richters.

§. 52.

1. Gattungen derselben.

I. Man theilt die Prozeßthätigkeit des Richters in eine beurkundende, prozeßleitende, erkennende und vollstreckende, und begreift unter beurkundender Thätigkeit die schriftliche Feststellung gerichtlicher Wahrnehmungen, unter prozeßleitender Thätigkeit jene Amtshandlungen, welche sich auf die Einleitung des Streitverfahrens und die Vorbereitung der zivilrechtlichen Entscheidung beziehen, unter erkennender Thätigkeit die Entscheidung über den geltend gemachten Zivilrechtsanspruch, und unter vollstreckender Thätigkeit die Gewalthandlungen zur Realisirung festgestellter Zivilrechtsansprüche. Diese Theilung erscheint nicht genau, weil auch die prozeßleitende und vollstreckende Thätigkeit dem Richter zu Entscheidungen Anlaß gibt.

Dem Richter fällt zu, das Recht auf den konkreten Lebensfall anzuwenden. Veranlaßt wird er dazu im Prozeß durch den Antrag der Parteien. Der Antrag betrifft das materielle Rechts-

Digitized by Google

verhältniß oder das Prozeßverhältniß. Jeder Antrag, welcher sich auf das Zivilrechtsverhältniß bezieht, hat auch einen prozessualischen Gehalt, eine Bitte um Verfahren und Entscheidung nach Prozeßrecht: daneben bestehen Anträge von ausschließlich prozessualischem Gehalt, Anträge, welche lediglich die Thätigkeit des Gerichtes, das Verfahren, oder prozessualische Rechte und Pflichten in demselben betreffen.

Die Parteianträge, welche das materielle Streitverhältniß, die Existenz oder Nichtexistenz des Klageanspruches betreffen, sind, weil sie sich auf denselben Thatbestand und dieselbe Rechtsfrage beziehen, gemeinsam in Erkenntniß über die Streitsache zu erledigen. Da dabei nur Privatrechte in Frage kommen, sind die Anträge der Parteien, und die Parteibegründung derselben ausschließlich maßgebend; es gilt in dieser Beziehung das Dispositionsprinzip und die Verhandlungsmaxime. Die Thätigkeit des Richters gegenüber dem Privatrechtsanspruche besteht in der Subsumtion der von den Streittheilen geltend gemachten Angriffs- und Vertheidigungshandlungen unter die Rechtsnorm und in der Feststellung der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen innerhalb der Grenzen des Parteibegehrens. Der Richter gibt dem Klagebegehren auf Feststellung, Kondemnation, Adjudikation unbedingt oder bedingt von der Leistung eines Eides statt, oder er weist das Begehren ganz oder zum Theil, zur Zeit oder für immer ab.

Jeder Parteiantrag betrifft aber zunächst die öffentliche Ordnung, das Verfahren vor Gericht, und da der Richter einem unzulässigen, einem ungiltigen Verfahren nicht Raum schaffen darf, sind die Anträge für sich von Amtswegen nach Inhalt, Form und Voraussetzungen auf ihre prozessualische Zulässigkeit zu prüfen.

Inhalt und Form des Antrages liegt dem Richter vor, und unterzieht sich hiermit von selbst seiner Prüfung. Für die prozessualischen Voraussetzungen (den proz. Thatbestand) bildet der Antrag selbst, und die Amtskenntniß des Richters, speziell die in dieser Streitsache bereits vorliegende Verhandlung

Digitized by Google

das Prüfungsmaterial. Was sich darnach der Erkenntniß entzieht, und Alles, was lediglich über Parteiantrag erheblich wird, bleibt vorläufig unerwogen, und gelangt erst über Antrag der Gegenpartei, und nach einer Parteiverhandlung zur Entscheidung. Diese Parteiverhandlung ist bald mit der Verhandlung über die Streitsache verbunden, bald selbstständig zu pflegen. Für die selbstständige Verhandlung der auf das Prozeßverhältniß bezüglichen Anträge (Nebenanträge), welche „nach Vernehmung des Gegners" zu erledigen sind, ist dem Richter eine bestimmte Form des Verfahrens nicht vorgezeichnet; als Regel gilt, daß derlei Inzidenzien bei einer Tagsatzung in einem Zuge berichtigt werden (Res. v. 31. Okt. 1785 N. 489).

Was aber die öffentliche Ordnung direkt betrifft (Zulässigkeit, Giltigkeit des Verfahrens), und nach dem gegebenen Erkenntnißstoff festgestellt werden kann, hat der Richter von Amtswegen zu prüfen.

Die umfangreichste amtliche Feststellung erfolgt bei dem für den Prozeß grundlegenden Akt, also bei Erledigung der Klage. Bei Eingaben im Laufe des Verfahrens erscheint als allgemein festzustellende Voraussetzung die Rechtzeitigkeit der Handlung, soweit darauf von Amtswegen Bedacht zu nehmen ist, und die normale Legitimation des Handelnden. Da der Richter den Rechtsweg nicht verlegen darf, wenn ihn die auferlegte Prüfung dazu nicht vollauf berechtigt, muß er die prozessualischen Voraussetzungen auch dann als gegeben annehmen, wenn für den Bestand derselben nichts weiter als die Behauptung im Antrage vorliegt.

II. Nach dem Ergebnisse der Prüfung der Anträge auf ihre prozessualische Zulässigkeit verfügt der Richter über den Antrag a) negativ durch Zurückweisung; sie erfolgt unbedingt bei Mangel eines zur Amtshandlung geeigneten Inhaltes, oder der für den Antrag geforderten Voraussetzungen; sie erfolgt bedingt bei Formfehlern, welche behebbar sind. In jedem Falle, wo ein Antrag zur Verbesserung eines unterlaufenen Fehlers hinaus-

Digitized by Google

gegeben wird, ist die Frist zu bestimmen, binnen welcher er verbessert wieder einzureichen ist (Hfd. v. 13. Feber 1795 Nr. 217);[1]) wird der Antrag in dieser Frist verbessert reproduzirt, so gilt er in der Zeit des ersten Anbringens überreicht; — b) *positiv*, wenn der Antrag nach den Voraussetzungen, dem Inhalt und der Form zur Amtshandlung geeignet erscheint, durch Erlassung jener Anordnung, welche das Gesetz vorschreibt, oder über Parteibegehren zuläßt.

Mit dieser Verfügung und der vom Richter zu veranlassenden Zustellung derselben ist entweder der Antrag selbst, oder nur die formelle Seite desselben, das Begehren um Einleitung der Verhandlung, welche der Entscheidung vorauszugehen hat, erschöpft.

Die Form des über den Antrag einzuleitenden Verfahrens bestimmt sich nach dem Gesetze oder nach dem vom Gesetze zugelassenen Antrag der Parteien (§. 16 [17], Hfd. v. 7. Mai 1839 N. 358, §. 2 Sum. V., §. 1 Bag. V., §. 1 Mand. V., §. 5 Wech. V.). Das eingeleitete Verfahren kann nur über Parteiantrag, u. z. bald über einseitigen Antrag (§. 6 der k. V. v. 21. Mai 1855 N. 95 über Mand. V.; — §. 592 g. G. O.), bald über einverständlichen Antrag beider Streittheile abgeändert werden.

Besteht das Verfahren in einem *Schriftenwechsel*, so hat der Richter die Frist zur Überreichung der Schrift zu bestimmen, und die eingebrachte Schrift dem Gegner zur Beantwortung vorzubescheiden; — besteht das Verfahren in dem *Zusammenwirken des Gerichtes mit den Parteien oder mit dritten Personen*, so ist eine Tagsatzung anzuordnen, bei welcher der Richterkommissär für den gesetzmäßigen Verlauf und für die Protokollirung der Verhandlung sorgt, und auf den Inhalt derselben den gesetzlich begrenzten Einfluß nimmt.

[1]) Der Beschluß des O. G. H. v. 24. Okt. 1851, J. B. 4, daß bei fehlerhafter *Klage* eine Frist zur Reproduzirung nur dann zu bestimmen sei, wenn die Klage an eine gerichtsordnungsmäßige Frist gebunden ist, erscheint nicht zutreffend begründet.

Digitized by Google

III. Für jede Art der Verhandlung hat der Richter eine Disziplinargewalt, welcher die Parteien, deren Vertreter und Sachwalter, Zeugen und Experten unterstehen.[2]) Bei ungebührlichem Benehmen ertheilt er Verweis, stellt die Schriften wegen unziemlicher Äußerungen (ad purificandum §. 13 [14]) zurück, belegt die Person mit entsprechender Geld- oder Arreststrafe, verweigert der Partei Gehör und weiset sie an, durch einen Sachwalter zu handeln (§. 192 Gr. Inst., §. 8 Sum. V.). Er reagirt durch Geld- oder Arreststrafen, wenn er in dem abgeführten Prozeß eine offenbare Widerrechtlichkeit oder besonderen Muthwillen entdeckt, §. 409 (540). Er verschafft sich Gehorsam durch Strafe und gewaltsame Stellung vor Gericht (§. 192 Gr. Inst.), doch braucht er Strafzwang nur, sofern nicht das Gesetz an den Ungehorsam rechtliche Folgen knüpft, was im Allgemeinen der Fall ist, wenn die Streitpartei der Anordung zum Verhandeln nicht entspricht.

§. 53.

2. Formen der richterlichen Prozeßhandlungen.

I. Im schriftlichen bez. protokollarischen Verfahren werden die prozeßleitenden und vollstreckenden Verfügungen, und die Entscheidungen über Parteianträge schriftlich abgefaßt, und in schriftlicher Ausfertigung den Parteien zugestellt. Kein Spruch ist den Parteien öffentlich vorzulesen und kund zu machen, §. 250 (327), ausgenommen die Entscheidung über das Ansuchen um Erstreckung einer Tagsatzung, welche jedoch in Erledigung der Tagsatzung auch schriftlich zuzustellen ist, §§. 13, 14 Pr. Nov.

Die schriftliche Erledigung ergeht unter der Geschäftszahl der Eingabe bez. des letzten Verhandlungsaktes; sie ist kurz und deutlich, in einfacher und verständlicher Sprache zu verfassen: bei der Ausfertigung sind Abkürzungen, welche zu einem Irrthum

[2]) Im Bag. V. auch jene, welche der Verhandlung beiwohnen (§. 18).

Digitized by Google

Anlaß geben könnten, zu vermeiden, §. 197 Gr. Inst. Die Erledigung soll den Parteien in jener Sprache hinausgegeben werden, in welcher das Anbringen vorgebracht, bez. die Eingabe verfaßt wurde: Erkenntnisse sammt Gründen sind in jener Landessprache auszufertigen, in welcher der Rechtsstreit verhandelt wurde; haben sich die Parteien nicht derselben Landessprache bedient, so hat bei Abgang eines Einverständnisses die Ausfertigung in beiden Landessprachen zu erfolgen (§§. 1 und 9 Ver. v. 19. April 1880, L. G. B. für Böhmen 14, für Mähren 17).

II. Die gerichtlichen Beschlüsse werden als Urtheile, oder als Bescheide ausgefertigt.

Das **Urtheil** besteht:

a) aus einem Eingang, welcher umfaßt:

1. die Worte: Im Namen S. M. des Kaisers (ar. 1 des Staats-G. G. R. 144 und V. v. 11. Jänner 1868 R. 6);

2. die Bezeichnung des Erkenntnißgerichtes, im Delegationsfalle den Bezug des Delegationsdekretes und die Bezeichnung jenes Gerichtes, welchem die Amtshandlung abgenommen wurde (Hfd. v. 15. Jänner 1825 Nr. 2065);

3. die Angabe der Streittheile, der Vertreter und Sachwalter derselben, so, daß ein Zweifel, wen die Entscheidung betreffe, ausgeschlossen wird. Streitgenossen sind sämmtlich zu nennen.[1]) Tritt eine Mehrheit von Personen unter einer Firma als Streittheil auf, so ist bloß die Firma zu bezeichnen, §. 248 (325). Eine Gesammtheit von Interessenten, welcher Parteifähigkeit zukommt, ist als solche zu nennen;

4. die Angabe des Streitgegenstandes, §. 248 (325);

5. die Bezeichnung der Art des Verfahrens. Gründet sich das Urtheil auf Kontumaz oder Submission, so ist darauf Bezug zu nehmen (Hfd. v. 17. Jänner 1783 Nr. 118). Zugleich ist der Tag der Überreichung der Klage und der Tag, an welchem das

[1]) Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306.

Digitized by Google

Instruktionsverfahren abgeschlossen wurde, anzugeben, damit ersichtlich werde, wie lange der Streit von den Parteien verhandelt wurde;

b) aus der Entscheidung. Sie bestimmt sich nach dem Antrag, über welchen, und nach der Art, in welcher entschieden wird. Allgemein gilt, daß der Gegenstand des Streites, welcher entschieden wird, aus dem Urtheile erhellen müsse, daher dann, wenn über den Klageantrag zu erkennen ist, die Entscheidung an das Klagebegehren sich anzuschließen hat (Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306); — daß, wenn die Entscheidung von einem Eide abhängig gemacht wird, die schwurpflichtige Person zu bezeichnen, der Eid zu stilisiren, und die Frist zur Antretung, sowie die Folge der Leistung oder Verweigerung des Eides festzustellen sei; — daß, wenn eine Leistung auferlegt wird, die Frist zur Erfüllung §. 300 (400) und die Folge der Nichterfüllung zu bestimmen sei; — daß in die Entscheidung Entscheidungsgründe (Beschlüsse über Beweise, Behelfe und Einwendungen, Hfd. v. 2. Dez. 1797 Nr. 392, über Formalitätsgegenstände, Hfd. v. 12. Jänner 1798 Nr. 398) nicht einzumengen seien,[2]) und daß über die Prozeßkosten zu entscheiden, oder der Ausspruch bezüglich derselben einem späteren Urtheile vorzubehalten sei [§§. 401, 402 (534, 535) und Hfd. v. 22. Juni 1835 Nr. 42];

c) aus dem Schlusse, umfassend die Datirung, das Amtssiegel, und die Unterschrift, u. zw. bei Bezirksgerichten des Richters, bei Kollegialgerichten des Gerichtsvorstehers und eines Rathssekretärs oder des Expeditsvorstehers, §§. 211, 249 Gr. Instr.

Der **Bescheid** muß ebenso wie das Urtheil das Gericht, die Parteien, die Streitsache, den Antrag und die gerichtliche Verfügung und Entscheidung umfassen. Erreicht wird das mit der geringsten Mühe Seitens des Gerichtes durch die Ausfertigung der

[2]) Auch M. E. v. 10. Jänner 1854 R. 53, und v. 27. Nov. 1855 R. 203.

Digitized by Google

gerichtlichen Verfügung oder Entscheidung in dorso der Eingabe (Indorsatbescheid), und wenn diese vom Gericht zurückzubehalten ist, auf einer von der Partei beigebrachten oder vom Expedite ausgefertigten Rubrik (Rathschlag). In eine selbstständige Ausfertigung (Dekret) müssen die oben genannten Umstände aufgenommen werden.

Erfordernisse der Ausfertigung des Bescheides sind die Datirung und Unterschrift, u. zw. bei Einzelngerichten des Richters, bei Kollegialgerichten eines Rathssekretärs oder des Expeditsvorstehers, §§. 211 und 249 Gr. Instr.

III. Jede Erledigung, welche sich nicht aus dem klaren Wortlaute des Gesetzes von selbst ergibt, muß schriftlich begründet werden. Der Richter muß unter vollständiger Erörterung des von den Parteien geltend gemachten Verhältnisses die Entscheidung in allen Punkten aus dem Gesetze rechtfertigen, dabei das, was mit einigem Scheine für eine andere Meinung geltend gemacht wurde, widerlegen, und ohne Weitläufigkeit den Gegenstand des Streites soweit erschöpfen, daß über die richtige Anwendung des Gesetzes kein Zweifel übrig bleibt, §§. 141, 143 Gr. Instr.

Die Begründung der Urtheile (Entscheidungsgründe) muß dem Sachfälligen, und wenn kein Theil in der Hauptsache ganz obgesiegt hat, beiden Theilen zugleich mit dem Urtheilsspruche von Amtswegen zugestellt werden, §. 23 Pr. N., §. 34 Sum. V. Bei diesfälligem Versehen kann um Ergänzung angesucht werden. Der Partei, welcher die Entscheidungsgründe nicht von Amtswegen zuzustellen sind, ist vorbehalten, bei Gericht Einsicht zu nehmen, und auf ihre Kosten Abschriften zu erheben, §. 251 (328). Die erste Instanz fertigt die Entscheidungsgründe getrennt von dem Urtheilsspruche aus; die Obergerichte können die Gründe der Entscheidung mit der Entscheidung selbst verbinden. — Die Begründung der Bescheide (Beweggründe) ist der Ausfertigung für die Parteien dann beizufügen, wenn es der Richter angemessen findet (V. v. 27. November 1855 R. 203). Angemessen erscheint

Digitized by Google

das, wenn eine Partei mit einem Ansuchen abgewiesen wird, oder wenn der Bescheid nach kontradiktorischer Verhandlung ergeht.

IV. Das Urtheil, welches den Rechtsstreit abschließt, also das Urtheil über die **res in judicium deducta** (die Streitsache), oder über das **judicium**, wenn eine streithindernde Einrede durchgreift, ist Endurtheil. Eine Vorentscheidung, welcher eine definitive Entscheidung nachzufolgen hat, ist Beiurtheil. Das Beiurtheil ist entweder ein Urtheil über einen Zwischenstreit, d. i. ein Parteistreit über prozessualische Rechte und Pflichten, oder ein Urtheil auf Beweis. Dasselbe Urtheil kann bezüglich eines Theiles des Klagebegehrens Beweisurtheil, bezüglich eines davon unabhängigen Theiles aber Endurtheil (Theilurtheil) sein (Hfd. v. 12. Sep. 1837 N. 227).

Im Verfahren nach der a. G. O. ist mit Urtheil zu entscheiden die Streitsache selbst §. 247, ferner der Streit: a) über die Einrede der **res judicata**, Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 621; b) über die Einrede der Litispendenz und Inkompetenz §. 40; c) über das Neuerungsgesuch §. 48 und Res. v. 31. Oktober 1785 N. 489; d) über gerichtliche Verwahrung der für bedenklich erklärten Urkunden, Hfd. v. 13. Jänner 1794 N. 145; e) über die Beweisführung zur Vermeidung eines falschen Eides §. 231 und Hf. 30. Okt. 1788 N. 911; f) über die Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundener Beweismittel, und wegen schlechter Vertretung, Res. v. 11. Sept. 1784 N. 335; g) mit Beiurtheil ist zuzulassen der Beweis durch Zeugen und Sachverständige, Hfd. v. 22. Juni 1835 N. 42.[3]) Alle anderen Entscheidungen erfolgen mit Bescheid.

Im Exekutivprozesse ist bei Submission und Kontumaz des Beklagten über die Streitsache mit Bescheid zu erkennen. — Im Sum. V. hat eine besondere Verhandlung über den Gerichtsstand und über den Rückerlag der Klage (a und b) nicht

[3]) Nach der gal. G. O. ist im Falle b, c, d und e mit Bescheid zu erkennen §§. 33, 40, 199, Hf. v. 14. Sept. 1827 N. 2386.

Digitized by Google

statt, zeigt sich aber im Laufe des Prozesses die Inkompetenz des Gerichtes, so ist das Verfahren mit Bescheid einzustellen §. 26; den Streittheilen ist gestattet, bis zum Schlusse der Verhandlung Beweismittel nachzuholen, (e) §. 25; die Beweisführung zur Vermeidung falschen Eides (e) ist nach ergangenem Spruche ausgeschlossen, §. 38; der Zeugen- und Sachverständigenbeweis (g) mit Bescheid zuzulassen, §§. 39 und 42. — Der Wechsel- und Mandatsprozeß schließt eventuell ab mit dem über die Klage erlassenen Befriedigungsbefehl. Das Besitz. V. kennt nur Vorbescheide und einen Endbescheid.

Im Bagatellverfahren ist nur die Streitsache selbst mit Urtheil zu entscheiden. Das Urtheil begreift die Entscheidungsgründe, in welche mangels aktenmäßiger Feststellung der Verhandlung eine gedrängte Darstellung des Sachverhaltes aufzunehmen ist, §. 72. Das Urtheil ist stets mündlich zu verkündigen, aber auch vorher oder nachher schriftlich auszufertigen. Eine Zustellung der schriftlichen Ausfertigung hat von Amtswegen zu erfolgen, wenn auch nur ein Theil bei der Verkündigung abwesend war, §. 73. — Jede andere Verfügung und Entscheidung des Richters vor Beginn oder im Laufe der mündlichen Verhandlung heißt Beschluß, und die schriftliche Ausfertigung desselben Bescheid, §. 69, 84 und 85. Schriftlich auszufertigen und zuzustellen sind die Beschlüsse, welche über eine schriftliche oder protokollarische Eingabe der Partei ohne vorausgegangene Parteiverhandlung zu fassen sind. Die im Laufe des Verfahrens gefaßten Beschlüsse sind mündlich zu verkündigen und in das Verhandlungsprotokoll einzutragen, §. 69 und 77; die Zustellung eines Bescheides hierüber erfolgt an die Partei, welche bei der Verkündigung nicht anwesend war, wenn es die Leitung des Verfahrens erfordert. Zustellung eines Bescheides erfolgt auch an die bei Verkündigung des Beschlusses anwesenden Parteien, wenn gegen den Beschluß Rekurs zugelassen ist, oder wenn der Bescheid die Partei zu sofortiger Exekutionsführung berechtigt, §. 69.

Digitized by Google

§. 54.

3. Die Wirkung der richterlichen Prozeßhandlungen.

I. Die Verfügung und Entscheidung kann jenes Gericht, welches sie erlassen hat, nicht abändern. Der Grundsatz der Unabänderlichkeit schließt die Berichtigung eines offenbaren Verstoßes in der Erledigung (§. 206 Gr. Inst.) und in der den Parteien bereits zugestellten Ausfertigung (Hfd. v. 29. Sept. 1794 Nr. 195, §. 83 Bag. V.) nicht aus;[1] — er erleidet eine Ausnahme bezüglich der im Besitz. V. getroffenen provisorischen Verfügungen §. 18, und bezüglich der Beschlüsse und Verfügungen im Bag. V. §. 85.[2] Insoweit die Parteien nach der Entscheidung ein neues Erkenntnißsubstrat (z. B. durch Einwendungen gegen ein Mandat, durch Restitution) beschaffen dürfen, ist der Richter berufen, an Stelle der früheren eine neue Entscheidung zu setzen.

II. Eine Abänderung der erlassenen Verfügung und Entscheidung kann von dem Gerichte höherer Instanz erfolgen, wenn und insoweit von den Parteien Rechtsmittel ergriffen wird. Es können **Urtheile** der ersten Instanz mit Appellation, jene der zweiten Instanz mit Revision, beiderlei Urtheile mit einer Nichtigkeitsbeschwerde, es können **Bescheide** der ersten und zweiten Instanz mit Rekurs angefochten werden. Diese Anfechtung hat in der dafür sofort laufenden Nothfrist zu erfolgen, und ist auch gegen gleichlautende Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz zugelassen (a. o. Revision, a. o. Rekurs). Nur ausnahmsweise ist Rechtsmittel ausgeschlossen, oder vorbehalten, d. h. mit dem Rechtsmittel gegen jenes Urtheil zu verbinden, zu dessen Vorbereitung die Verfügung gehört, oder es ist das a. o. Rechtsmittel versagt.

---

[1]) Ent. v. 28. April 1863, Jud. B. 54.

[2]) Das Rechtsmittel der Vorstellung ist zugelassen gegen Verfügungen erster Instanz im Bereiche des durch das k. P. v. 9. August 1854 R. 208 geregelten Verfahrens außer Streitsachen (§. 9 das.).

Digitized by Google

Die im Instanzenzuge unanfechtbare Verfügung und Entscheidung ist rechtskräftig. Es ist also die Rechtskraft suspendirt, insoweit Rechtsmittel gegen die Entscheidung vorbehalten ist; sie ist gegeben, wenn das Gesetz Rechtsmittel versagt, wenn die Partei darauf verzichtet, wenn sie die Rechtsmittelfrist versäumt, oder wenn die letzte Instanz, d. i. der oberste Gerichtshof, oder bei gesetzlichem Ausschluß der außerordentlichen Revision das O. L. G. konform mit der ersten Instanz entschieden hat.[3])

III. Die Unanfechtbarkeit einer Verfügung und Entscheidung in dem bezüglichen Prozesse begründet eine äußere, die formelle Rechtskraft. Die unanfechtbare Entscheidung der Streitsache begründet aber auch eine Gebundenheit der Parteien und aller Gerichte an den Inhalt dieser Entscheidung, so daß dieser Inhalt der Entscheidung in einem späteren Prozeß nicht mehr abgeändert werden kann.[4]) Diese Gebundenheit an den Inhalt der Entscheidung bezeichnet man als materielle Rechtskraft derselben. Sie folgt aus der Nothwendigkeit, den Streit für den Staat und die Parteien abzuschließen (bis de eadem re ne sit actio),[5]) sie folgt auch aus der Wahrnehmung der Entscheidung (res judicata pro veritate accipitur). Die Entscheidung erfolgt auf Grund des von den Parteien dargestellten Sachverhaltes. Ist diese Darstellung unvollständig, oder wurden nach den Beweisregeln un-

[3]) Canstein: Lehrb. 2, 537 erklärt — gegen Unger: System 2, 604 Note 6 — die nur durch ein außerordentliches Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung als formell rechtskräftig.

[4]) Wird Wiedereinsetzung bewilligt, so entfällt selbstverständlich das Urtheil, es entfallen auch dessen Wirkungen.

[5]) Actio wird dabei gemeinhin als Klage im mater. Sinne (vergl. Bekker: die proz. Konsumtion 1883; Derf.: die Aktionen des röm. Privatr. 1871, §§. 6 und 7 und Beilage 1, S. 323) aufgefaßt. Schultze: Privatrecht und Prozeß 1883 führt aus, S. 502, daß actio Urtheil bedeute, im Legisakzionenprozeß Parteiurtheil, im Formularprozeß prätorisches Urtheil. Dagegen Demelius in Grünhuts Z. 11, 735.

Digitized by Google

wahre Behauptungen als wahr angenommen, oder ist bei der Beurtheilung des Rechtsstoffes ein Irrthum unterlaufen, so ist das Urtheil allerdings materiell unwahr; allein es muß als wahr gelten, weil die Parteien über die Streitsache und den Streitstoff frei verfügen, und der Staat dem Irrthum des Richters nur durch Ordnung des Instanzenzuges entgegenwirken kann. Das Urtheil gilt demnach auch nicht als rechtschaffend, als konstitutiv, so weit nicht der Richter zur Begründung von Rechten berufen ist;[6]) es gilt als deklarativ, als autoritative Feststellung bestehender Verhältnisse.

Die materielle Rechtskraft begründet 1. die exceptio rei judicatae (Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 621), wenn die entschiedene Sache neuerlich zum Gegenstand gerichtlicher Verhandlung gemacht wird, also die res de qua agitur, mit der res judicata identisch ist. Ausgeschlossen ist hiermit die neuerliche Geltendmachung des Rechtes, welches im Rechtsstreite aberkannt ist, und die Anfechtung des Rechtes, welches im Prozesse zuerkannt wurde.[7]) Vorausgesetzt ist: a) subjektive Identität, denn res judicata jus non facit nisi inter partes. Ausnahmsweise wirkt die Entscheidung über die Streittheile und jene, welche von ihnen ihr Recht ableiten (Sukzessoren), hinaus. Es wirkt das Urtheil über eine im Grundbuch angemerkte Klage gegen jeden, der später bücherliche Rechte erlangt; das Urtheil über den Bestand einer Prädialservitut für und gegen alle Miteigenthümer; das Urtheil über den

---

[6]) Die Entscheidung über die Prozeßkosten ist Neuschöpfung eines Anspruches, Lippmann im Arch. f. z. P. 67, S. 465.

[7]) Diese Scheidung einer negativen Funktion (bis de eadem re ne sit actio) und einer positiven Funktion (res judicata pro veritate accipitur) der Rechtskraft (Unger, System 2, 649) ist allerdings bestritten; es erklärt Bekker a. a. O., mit ihm auch Brinz, Pandekten, 2 Aufl., §. 96 f., die Wirkungen der res judicata nur aus der Konsumtion der Klage, Rümelin: Zur Lehre von der ex. r. j. 1875, nur aus der Wahrnahme der Entscheidung.

Digitized by Google

objektiven Nichtbestand einer Korrealobligation für alle Schuldner und Gläubiger; das Urtheil über die Paternität, über die Giltigkeit einer Ehe für alle Familienglieder; die Feststellung der Forderung an eine Konkursmasse an den Kridatar (§. 55 Kon. O.), die Feststellung der Forderung gegen eine fallite Genossenschaft gegen die unbeschränkt haftenden Genossenschafter (§. 60 Gen. G. v. 9. April 1873); b) objektive Identität. Sie liegt vor, wenn das geltend gemachte mit dem entschiedenen Rechtsverhältnisse gleich ist dem Objekte, dem Inhalte und dem Entstehungsgrunde nach.[8]) — 2. die actio judicati, d. i. den Anspruch auf Erfüllung der im Urtheil auferlegten Verpflichtung.[9]) Eine Leistungspflicht begründet die Kondemnation zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung. Die Kondemnation bewirkt: a) daß das Recht nun aktiv und passiv übergeht, auch wenn der zuerkannte Anspruch ein rein persönlicher war (Schmerzengeld, §. 1325 b. G. B., Strafgeld, J. M. E. v. 3. April 1859 N. 52); b) daß eine neue Verjährung läuft (§§. 1478, 1479 b. G. B.; c) daß der Anspruch mittelst Exekutionsansuchens geltend gemacht werden kann. Das Recht zur Exekution ist da, wo ein non facere auferlegt ist, begründet, wenn und so oft der Sachfällige dem Spruche entgegenhandelt, und wenn eine positive Leistung in Frage steht, sobald die dem Kondemnirten im Urtheile selbst zu bestimmende Leistungsfrist, §. 299 (399) abgelaufen ist. Ist die Leistung ihrer Beschaffenheit nach an eine bestimmte Frist gebunden (Alimente, Räumung des Bestandobjektes), so hat Exekution erst bei Eintritt dieser Frist statt. Dem Anspruch auf Exekution können Einreden entgegengestellt werden, u. zw. dilatorisch die gewährte Stundung, der Ausstand der bedingenden Gegenleistung, die Konkurseröffnung, peremtorisch jene Einreden, die der Judikatsobligation gegenüber entstanden sind (Hfd. v. 22. Juni 1836 N. 145).

[8]) Unger: System 2, 652.
[9]) Unger: ebenda 676.

Digitized by Google

IV. Der Rechtskraft fähig ist das Endurtheil in der Streitsache, der Ausspruch über den Bestand oder Nichtbestand des Klageanspruches. Was durch diesen Ausspruch als rechtskräftig festgestellt gelte, ist streitig.[10]) Die für die Lösung der Streitfrage maßgebenden Bestimmungen sind spärlich, aber doch zureichend. Nach §. 248 (325) ist der Spruch dem Parteibegehren gemäß abzufassen; nach der Res. v. 14. Juni 1784 N. 306 soll das Urtheil den Gegenstand des Streites und die in der Klage bestimmt gestellte Bitte dermaßen enthalten, damit man aus dem Urtheile selbst genau wisse, was dann für ein Recht zu- oder aberkannt worden sei. Die Hfdte. v. 2. Dezember 1797 N. 392 und 12. Jänner 1798 N. 398 bezeichnen es als Unfug, wenn in dem Urtheile eingeschaltet wird, daß diesen oder jenen Beweisen, Behelfen oder Einwendungen nicht stattgegeben sei, oder wenn in dem Urtheile eine Entscheidung über die formalia processus eingemengt wird; solches sei eben kein Gegenstand des Urtheiles, sondern lediglich das Begehren der Partei. Es beschränkt sich sonach das Urtheil, d. h. die Entscheidung des Gerichtes auf die in der Klage bestimmt gestellte Bitte, auf jenen Rechtsanspruch, für welchen Rechtsschutz gefordert wurde, in jenem Umfange, in welchem er gefordert ist.

Nicht rechtskräftig wird: a) die Feststellung der Wahrheit von Thatsachen, denn über diese bildet sich der Richter nach gesetzlichen Regeln, oder nach freiem Ermessen nur eine Anschauung zum Zwecke der Erledigung des vorliegenden Streites, daher kann über die Wahrheit dieser Thatsachen in einem späteren Prozeß wieder gestritten werden; b) die Entscheidung über die den Klageanspruch bedingenden Verhältnisse (über Kapitalsschuld bei Zinsenforderung, über Eigenthum bei der confessoria a.), denn dieses bedingende Recht ist nicht Gegenstand der Klage, nicht Objekt der Feststellung durch den Richter, insolange nicht ein Fest-

[10]) Unger a. a. O. 2, 623, Note 16.

Digitized by Google

stellungsanspruch erhoben ist; c) die Entscheidung über die Einreden des Beklagten; denn soweit sie nur Verneinung des geltend gemachten Rechtes (Zahlung), oder der klageweisen Verfolgbarkeit (Nichtbesitz gegenüber der dinglichen Klage) sind, erscheint die Entscheidung über die Einreden als Feststellung von Thatsachen, welche mit der Erledigung des Rechtsstreites ihre Bedeutung verliert; aber auch dann, wenn in der Einrede ein Gegenrecht, also ein Thatbestand geltend gemacht wird, welcher einen Klageanspruch zu begründen geeignet ist (rechtsverfolgende Einrede, z. B. gegen die Eigenthumsklage Berufung auf Nießbrauch oder auf Pfandrecht), wird die gerichtliche Entscheidung hierüber nicht rechtskräftig, weil das Gegenrecht lediglich zur Negation des Klageanspruches dient, und der Richter bei Abgang (und Unzulässigkeit) eines Feststellungsanspruches in der Klagebeantwortung über das Gegenrecht nicht entscheidet, sondern sich wie bei einem Präjudizialanspruche nur eine für die Erledigung der vorliegenden Streitsache maßgebende Anschauung bildet.[11]) Eine Ausnahme hat nur statt bei der Kompensationseinrede; mittelst derselben rechnet der Beklagte dem Kläger eine Gegenforderung auf, er fordert Anerkennung seiner Forderung und zugleich Realisirung derselben, und beiderlei Anträgen gibt der Richter bei Berücksichtigung der Kompensationseinrede statt.

Die Entscheidung über den Anspruch, für welchen Rechtsschutz gefordert wird, ist also allein der materiellen Rechtskraft fähig. Diese Entscheidung gelangt nun nicht immer im Tenor des Urtheils zum Ausdruck, obwohl es das österr. Prozeßrecht voraussetzt, weil die Beweggründe des ergangenen Urtheils (Entscheidungsgründe in rein prozessualischem Sinne) nicht immer hinausgegeben werden. Das Urtheil beschränkt sich im Falle der Bejahung des Klagebegehrens vielleicht auf die dem Klageantrage entsprechende Disposition, ohne jenes Recht festzustellen, aus

[11]) Wach: Vorträge 105. Unger: System 2, 630 f. insb. 640 Note 38.

Digitized by Google

welchem die Disposition fließt. Bei der Verneinung des Klagebegehrens wird aus dem Tenor des Urtheiles nicht ersichtlich, ob sich die Abweisung des Klägers gründet in der Verneinung seines Anspruches, oder der passiven Legitimation, oder in dem Bestand einer aufrechenbaren Gegenforderung. Wird eine dingliche Klage verneint, so beschränkt sich die Abweisung auf den geltend gemachten Erwerbgrund, ohne daß der Tenor der Entscheidung darauf immer Bedacht nimmt. Die Bejahung oder Verneinung des klägerischen Anspruches ist die Entscheidung, welche materiell rechtskräftig wird, gleichviel ob sie im Tenor des Urtheiles neben der daraus resultirenden Disposition zum Ausdruck gekommen ist, oder ob der Tenor des Ausspruches sich auf die Disposition beschränkt und der Ausspruch über den Bestand oder Nichtbestand des Rechtes erst in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck gelangt ist. Soweit letzteres der Fall ist, haben die Entscheidungsgründe nicht blos den Zweck, die wahre Bedeutung der getroffenen Entscheidung zu bestimmen und zu erklären, sie enthalten vielmehr die der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung.[12] Die Gründe der Entscheidung, also der Sachverhalt, welcher die Grundlage derselben bildet, die Rechtsannahmen, von welchen dabei ausgegangen ist, und die subjektiven Erwägungen des Richters über die Beweis- und Rechtsfragen stehen zu der materiellen Rechtskraft außer Beziehung.

V. Bindend für die Gerichte und Parteien ist aber nicht bloß die Bejahung und Verneinung des Klagenanspruches, sondern auch jene Entscheidung, in welcher der Richter auf Grund einer Prozeßeinrede die Klage in angebrachter Art, oder auf Grund einer dilatorischen Sacheinrede für jetzt (zur Zeit) abweist. Allerdings wird hiermit der Klageanspruch nicht endgiltig abgethan, doch aber die Existenz und Erheblichkeit des geltend gemachten

---

[12]) Wetzell, S. 596, Kroll: Klage und Einrede 1884, S. 308, und Unger: System 2, 640.

Digitized by Google

Mangels festgestellt, und jeder mit demselben Mangel behafteten Klage die weitere gerichtliche Verhandlung und Entscheidung verschlossen.[13])

§. 55.

4. Die Zustellung der gerichtlichen Verfügungen.

I. Die gerichtliche Verfügung und Entscheidung wird (abgesehen von dem Falle des §. 13 Pr. N., und dem Bag. V.) den Parteien gegenüber erst durch die Zustellung der schriftlichen Ausfertigung existent. Diese Zustellung ist Sache des Richters, Ausführung seiner Anordnung. Die Partei hat keine Zustellung zu bewirken, sondern alle Anträge im Zuge des Prozesses und der Exekution bei Gericht anzubringen, welches für die Zustellung der hierüber zu erlassenden Verfügung und die Mittheilung des Antrages sorgt.

Die Partei, welche in einer Streitsache zuerst einschreitet, hat ihre und des Gegners Wohnung genau anzugeben, Hfd. v. 21. Oktober 1793 Nr. 131, wenn sie nicht allgemein bekannt ist. Unterläßt der Einschreiter, seine Wohnung anzugeben, so ist er ohne Ertheilung des ordnungsmäßigen Bescheides darauf zu weisen, §. 384 a. G. O., d. h. die Eingabe bis zur Nachfrage beim Expedite zurückzubehalten. Ist des Gegners Wohnung nicht bezeichnet, so ist die Eingabe zur Verbesserung zurückzustellen. (Hfd. v. 18. Mai 1790 N. 23). Wohnungsänderungen im Zuge des Verfahrens sind dem Gerichte anzuzeigen, widrigens an Stelle der Zustellung (auch der zu eigenen Händen) der Anschlag der Erledigung am schwarzen Brette des Gerichtshauses erfolgt, §. 387 (508).

Um Kosten zu vermeiden, soll jener Streittheil, welcher nicht im Gerichtsorte wohnt, einen daselbst seßhaften Zustellungsbevollmächtigten bestellen, widrigens der Anspruch auf den Ersatz der

[13]) Kroll a. a. O. 306, Schultze a. a. O. 347.

Digitized by Google

stets vom Adressaten zu entrichtenden Zustellungskosten entfällt, §. 389 (510). Dem Kläger, welcher im Auslande wohnt, ist ordnungsmäßiger Bescheid auf die Klage zu verweigern, wenn er in derselben nicht einen im Gerichtsorte wohnhaften Sachwalter namhaft macht, §. 390 (511).

II. Die Zustellung erfolgt im Gerichtsorte kostenlos durch den beeideten Gerichtsdiener, außerhalb des Gerichtsortes regelmäßig durch die Post. Die Besorgung der Zustellung durch die Post kann auch der Partei überlassen werden (M. E. v. 17. März 1860 Z. 2032 u. v. 24. Jänner 1866 Z. 768). Zustellungen im Gerichtsbezirke sind über Ansuchen, und wenn es das Gericht zur Sicherheit erforderlich findet, durch den Gerichtsdiener (gegen Meilengeld), oder durch den Gemeindevorsteher zu vollziehen, §. 213 Gr. J., welcher damit ein Gemeindeorgan betrauen darf (Instr. v. 28. Juni 1850 R. 256).

Die Zustellung ist zu bewirken: a) durch das Obersthofmarschallamt in den oben im §. 20 bezeichneten Fällen; b) durch das Bezirksgericht, in dessen Sprengel sie erfolgen soll, wenn die Zustellung durch die Post ausgeschlossen erscheint, §. 213 Gr. J., was der Fall ist bei Zustellungen, welche ad manus erfolgen sollen, wenn sich im Aufenthaltsorte des Adressaten kein Abgabspostamt befindet; c) durch die ausländische Gerichtsbehörde, wenn sich der Adressat im Auslande befindet und die Zustellung durch die Post wie im Falle b) ausgeschlossen erscheint. Das Ersuchsschreiben an die ausländische Gerichtsbehörde um Zustellung ist, wenn nicht direkter Verkehr zugelassen ist, an die österr. Gesandtschaft oder das österr. Konsulat zu richten (M. E. v. 14. Okt. 1850 R. 393). Zustellungen an Parteien, welche in den Ländern der ungar. Krone wohnen, sind immer durch die dortigen Gerichtsbehörden zu veranlassen (M. E. v. 17. Jänner 1875 Z. 479).

III. Gerichtliche Verfügungen in Streitsachen einer prozeßunfähigen Partei werden an den zur Prozeßführung berufenen Vertreter, bei korporativer, kollektiver oder mehrfacher Vertretung

Digitized by Google

an einen der Vertreter (Vergl. ar. 117, 235 H. G. B.), — in Streitsachen des Fiskus und der demselben gleichgestellten Fonde an die zur Vertretung berufene Finanzprokuratur (J. M. E. v. 29. Dez. 1857 Z. 22464), — in Streitsachen eines Kaufmannes eventuell an den Prokuristen (ar. 42 H. G. B.) zugestellt. Zustellungen an Behörden erfolgen bei Abgang eines Einreichungsprotokolls an den Vorstand. Hat die Partei einen Prozeßbevollmächtigten bestellt, so ist die Zustellung an diesen vorzunehmen, §. 393 (515). Gleiches gilt bei Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten. Einen Zustellungsbevollmächtigten haben geklagte Streitgenossen zu bestellen, widrigens der Antwortende, eventuell der früher oder der erstgenannte Beklagte als solcher gilt.

Ist der Aufenthalt des Beklagten nicht bekannt, so ist ihm vom Prozeßgericht ein Kurator zu bestellen, welcher den Prozeß führt, bis der mit Edikt Geladene sich meldet, oder einen anderen Bevollmächtigten namhaft macht. Fahrlässigkeit in der Ermittlung des Aufenthaltes oder der Wohnung des Beklagten macht den Kläger ersatzpflichtig (vgl. Hfd. v. 18. Mai 1790 N. 23 für Galizien).

Wohnt der Beklagte im Auslande, so ist das Gericht des Aufenthaltes um die Zustellung der Klage mit dem Beifügen zu ersuchen, daß bei Nichteinlagen der Bestätigung der Zustellung binnen bestimmter Frist das Gesetz auf Ediktalladung anzutragen gestatte, gleichzeitig aber auch ein Kurator zu bestellen, und diesem eine Ausfertigung der Eingabe zur mittlerweiligen Wahrung der Rechte des Beklagten zuzustellen (Hfd. v. 11. Mai 1833 N. 2612).[1])

IV. Die Zustellung erfolgt an die Partei, bez. jene Person, welche sie im Prozeß oder in Betreff der Zustellung vertritt. Ist diese Person abwesend, so kann die Zustellung auch an die Haus-

[1]) Für den in Ungarn wohnenden Belangten ist ein Kurator nicht zu bestellen, Ent. v. 16. Juli 1885, Ger. Z. 1885: 63.

Digitized by Google

leute erfolgen, §. 385 (505); doch ist eine Zustellung zu eigenen Händen (ad manus, in faciem) geboten a) für die erste Verordnung, welche jener Partei zukommt, gegen die eine Streitsache bei Gericht erst anhängig gemacht wird (Hfd. v. 23. April 1802 Nr. 561), und b) für das Urtheil in der Streitsache, §. 250 (327).[2])

Die Zustellung erfolgt in der Wohnung, bez. dem Geschäftslokale; anderorts kann die Annahme verweigert werden. Bei dem Mangel besonderer Bestimmungen ist anzunehmen, daß die Zustellung nur in der geschäftsüblichen Zeit geschehen darf.

Sucht die Partei durch Verbergen und dergl. der Zustellung auszuweichen, so hat der Gerichtsdiener zunächst eine schriftliche Aufforderung, die Partei habe der gerichtlichen Zustellung zu einer bestimmten Zeit gewärtig zu sein, und wenn das erfolglos bleibt, die gerichtliche Verordnung selbst an die Wohnungsthür anzuschlagen (Res. v. 31. Oktober 1785 N. 489). In Bestandstreitigkeiten werden Kündigungen, dann Übergabs- und Übernahmsbefehle sofort angeschlagen, (§§. 8 und 11 Best. V.).

V. Die Zustellung ist zu bescheinigen, u. zw. durch datirte Unterschrift des Empfängers, und wenn die Person, an welche die Zustellung geschieht, des Schreibens unkundig ist, durch einen Zeugen, welcher dem Handzeichen des Empfängers, dessen Namen, dann das Datum und seine Unterschrift beisetzt (M. E. v. 2. April 1854 Z. 5213). Diese Bescheinigung erfolgt, wenn der Gerichtsdiener die Zustellung vollzieht, im Zustellungsbogen, sonst auf einem dem Akte beigeschlossenen Empfangschein. Bei Zustellungen über Ersuchen einer Behörde ist dieser ersuchenden Behörde entweder ein beglaubigter Auszug aus dem Zustellungsbogen, oder ein von dem Empfänger gefertigter Empfangschein zuzumitteln, §. 215 Gr. J.

---

[2]) Zustellungen ad manus gebietet weiter §. 6 des kais. Pat. vom 9. Aug. 1854 N. 208, und §. 124 Grdb. O.

Digitized by Google

Zuzustellen ist a) von den in duplo zu überreichenden Streitschriften das eine Exemplar sammt den zur Mittheilung bestimmten Beilagen zunächst dem Gegner des Einschreiters; das andere Exemplar ist, nachdem der Tag der Zustellung an den Gegner darauf angemerkt ist, dem Einschreiter zu behändigen (Hfd. v. 28. Mai 1783 N. 139 und v. 14. Dezember 1787 N. 755, §. 517 g. G. O.); b) das Urtheil an beide Parteien womöglich an dem nämlichen Tage, sonst zuerst jenem Theile, wider welchen der Spruch ausgefallen ist, §. 250 (327) und Res. v. 14. Juni 1784 N. 306; c) die Verfügung, an welche sich eine Zwangshandlung schließt, jener Partei, bei welcher sie zu erfolgen hat, erst im Zeitpunkte der Vornahme derselben, der ansuchenden Partei aber, sobald sie ergeht.

---

3. Abschnitt.

Ort und Zeit für die Prozeßhandlungen.

§. 56.

1. Der Ort.

Die Prozeßhandlungen werden vorgenommen unter Intervention des Gerichtes. Davon gilt nur eine Ausnahme bei der außergerichtlichen Inspektion der Urschriften der Beweisurkunden, §. 123 (193).

Das in der Sache zuständige, oder um eine Amtshandlung ersuchte Gericht nimmt die Amtshandlung im Amtslokale vor. Ausnahmen haben statt: a) bei dem Augenschein und dem Kunstverständigenbeweis, wenn die zu besichtigende oder zu beurtheilende Sache nicht vor Gericht gebracht werden kann, oder die Expertise dort unthunlich ist (§. 7 Besitz. V.); b) mit Bedacht auf die betheiligten Personen beim Zeugenverhör und Parteieid im Falle einer Krankheit oder eines Privilegiums; c) bei Vollzug von Zustellungen, und bei Zwangsvollstreckungen.

Digitized by Google

2. Die Zeit für die Prozeßhandlungen.

§. 57.

Die Ferien.

Die Gerichte fungiren nun ständig und selbst an Sonn- und Feiertagen (mit beschränkter Ausdauer für das Einreichungsprotokoll, §. 112 Gr. J.). Die Gerichtsferien sind nicht Zeiten eines Gerichtsstillstandes; sie dienen nicht zur Erholung der Richter und Advokaten (weltliche Ferien), sondern bewirken eine Beschränkung der prozessualen Thätigkeit aus religiösen Rücksichten (kirchliche Ferien).

Es sind Ferien die Sonn- und gebotenen Feiertage, die Zeit vom Weihnachtstage bis an den Tag der heil. drei Könige, vom Palmsonntage bis an den Ostermontag, die drei Bittage in der Kreuzwoche, und vom Frohnleichnamstage bis an den folgenden Donnerstag,[1]) §. 376 a. G. O.

Diese Ferien nehmen Einfluß:

1. auf die Verhandlungen bei Gericht. Es soll in den Ferien keine Tagsatzung in Streitsachen vorgenommen werden, ausgenommen bei Gefahr im Verzuge, §. 377 (500). Das Ausbleiben bei einer auf einen Ferialtag angesetzten Tagsatzung soll für Zeugen keine Strafe, für die Parteien keine Kontumazfolge nach sich ziehen. Findet der Richter wegen Dringlichkeit die Tagsatzung auf einen Ferialtag anzuordnen, so hat er in der Ladung darauf Bezug zu nehmen.

Im gleichen Sinne ist bestimmt, daß Juden am Sabbath und ihren Festtagen als Parteien und Zeugen nicht vor Gericht zu fordern sind (Hfd. v. 17. Jänner 1818 N. 1405),[2]) welche Bestimmung auf die Bußtage nicht auszudehnen ist (Hfd. v.

[1]) Dafür im Geltungsbereiche der gal. O. die letzten zehn Tage im Juli und ersten zehn Tage im Oktober, §. 499 g. G. O.

[2]) Bei Vertretung durch Advokaten steht der Verhandlung am Sabbath und an Festtagen nichts entgegen, G. U. 8034.

Digitized by Google

11. Jänner 1833 N. 2586); — und daß in den von Ruthenen bewohnten Kreisen in Galizien Ruthenen an ihren Feiertagen nicht vor Gericht zu laden sind (M. E. v. 20. Jänner 1849 N. 89).

2. auf die Berechnung der Fristen. Der §. 5 Pr. N. bestimmt für das schriftliche, mündliche und summ. V. gleichmäßig, daß der Beginn und Lauf der gesetzlichen und richterlichen Fristen durch die Ferien nicht beeinflußt werde; nur wenn der letzte Tag der Frist ein Sonn- oder allgemeiner Feiertag ist, endet die Frist, selbst wenn der letzte Tag kalendermäßig bestimmt ist, erst mit dem nächstfolgenden Werktage.[3])

3. auf die Exekution eines Spruches auf Zahlung einer Geldsumme. Ausgeschlossen ist die Pfändung an Sonn- und Feiertagen, die Schätzung auch an anderen Ferialtagen, §. 382 (502); doch folgt daraus keine Nullität des Aktes. Die Vornahme anderer Exekutionen ist nicht gehemmt.

Bestimmt der Richter eine Frist für die Ausführung einer Arbeit oder eines Werkes, so hat er dabei auch auf die Ferien Bedacht zu nehmen, §. 383 (503).

Zustellungen können an Ferialtagen anstandslos vorgenommen werden (§. 501 gal. G. O. und Res. v. 14. Juni 1784 N. 306).

In dem Verfahren bei den Berggerichten sind nur die Sonn- und gebotenen Feiertage und die drei Bitttage, (§. 27 Pat. v. 1. November 1781 Nr. 27), im Wech. V. (§. 25) nur die Sonn- und allgemeinen Feiertage Ferialtage. Im Best. V. (§. 13) können Verhandlungen auch während der Gerichtsferien, jedoch nicht an einem Sonn- und Feiertag, im Besitz V. (§. 3) auch an jedem Ferialtag aufgenommen werden. Nur im Besitz V. erscheinen die Parteien schuldig, auch an den Feiertagen ihrer Religion vor Gericht zu erscheinen, doch endet auch hier die achttägige Frist zum Rekurse gegen den Endbescheid nur an einem Werktag.[4])

[3]) Sabbathe und israelitische Festtage verschieben den Ablauf der Fristen nicht, Besch. v. 5. August 1863, Jud. B. 56.

[4]) Ent. v. 16. April 1881, Jud. B. 38.

Digitized by Google

§. 58.

Die Fristen.*)

I. Frist (dilatio, terminus intra quem) ist ein Zeitraum, der zur Vornahme einer Prozeßhandlung freigelassen ist.

Die für den Richter in der Ger. J. (§§. 139, 146) bestimmten Fristen betreffen lediglich den Geschäftsgang bei Gericht. Die Versäumung derselben berechtigt nicht schon zur Beschwerde wegen Justizverzögerung. Von prozessualischer Bedeutung sind die Fristen für die Prozeßhandlungen der Parteien. Solche Fristen laufen, wenn die Partei eine Prozeßhandlung ohne Mitwirkung des Richters vorzunehmen hat.

Die Fristen für die Prozeßhandlungen der Parteien sind zu theilen:

1. in gesetzliche und richterliche Fristen. Gesetzliche Fristen sind jene, die von selbst, also ohne richterliche Anordnung laufen. Die Dauer dieser Fristen bestimmt selbstverständlich das Gesetz; eine Bezugnahme auf die gesetzliche Bestimmung im richterlichen Erlaß erscheint als Rechtsbelehrung. Richterliche Fristen sind jene, die nur zur Folge der Festsetzung in einem richterlichen Erlasse laufen. Die Dauer derselben hat der Richter bald arbiträr zu bemessen, bald ist sie vom Gesetze bemessen, so daß die Festsetzung einer kürzeren oder längeren Frist zum Rekurs berechtigt.[1])

Nebenan kommen noch von den Parteien vereinbarte Fristen vor. Eine solche Vereinbarung hat Raum bei allen richterlichen Fristen, gleichviel, ob deren Umfang vom Gesetze bemessen ist oder nicht. Die Vereinbarung ist für die gerichtliche Anordnung maßgebend und in derselben hervorzuheben:

*) Wetzel, S. 918, Fischer in Wagners Zeitschr. 1847, I, 119.

[1]) Canstein: Lehrb. I, 547 nennt nur die arbiträr zu bemessenden Fristen richterliche Fristen; alle Fristen, deren Dauer im Gesetze bestimmt ist, nennt er gesetzliche Fristen, und theilt diese in selbstlaufende und anzusetzende Fristen.

Digitized by Google

2. in absolut und relativ bestimmte Fristen. Bei jenen ist der Endtermin kalendermäßig bestimmt, bei diesen ist die Frist von dem Tage nach der Zustellung zu berechnen. Absolut bestimmt sind nur die verlängerten Fristen, und zwar erst zu Folge der Pr. N. (§. 7);

3. in Fallfristen und Nichtfallfristen. Fallfristen sind jene, deren Verlauf Präklusion zur Folge hat; der Ablauf von Nichtfallfristen zeugt andere Rechtsfolgen [Kostenersatz §. 25 (23), Zwang §. 301 (401), Befreiung von der Vertretungsleistung §. 58].

Die Fallfristen theilen sich in solche ipso jure, nach deren Verlauf der Richter die versäumte Handlung von Amtswegen ausschließt, und in solche über Antrag des Gegners, deren Versäumung erst über Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners die Präklusion zur Folge haben;

4. in verlängerbare und nicht verlängerbare, jenachdem eine Verlängerung zugelassen oder ausgeschlossen ist.[2])

II. Eine gesetzliche Frist ist der Richter zu verlängern nicht berechtigt.[3]) Richterliche Fristen können vom Prozeßrichter, und wenn sie ein ersuchter Richter bestimmt hat, von diesem an sich verlängert werden, doch wurde die Verlängerung der Fristen des Instruktions-, Beweis- und Rechtsmittelverfahrens durch die Pr. N. erheblich beschränkt.

Die Pr. N. hat die Verlängerung der bezeichneten Fristen

a) durch Parteiwillen nicht eingeschränkt. Der Parteiwille kann sich kundgeben: 1. bei einer Fallfrist auf Antrag des Gegners; dadurch, daß der Kontumazantrag nicht gestellt wird; 2. dadurch,

[2]) Die Theilung in Canstein's Lehrb. I, 545 in Nothfristen (unerstreckbare Präklusivfristen ipso jure) und Ordnungsfristen (erstreckbare Fallfristen über Antrag des Gegners) ist nicht gegensätzlich, und vom Standpunkte der G. O. selbst (Frist zur Appellationsbeschwerde) nicht richtig.

[3]) Eine Ausnahme machte vor der Pr. N. die Frist zur Appellationsbeschwerde.

Digitized by Google

daß die Partei in einer Eingabe die Zustimmung des Gegners zur Erstattung der Schrift in späterer Zeit nachweist, §. 10 Pr. N., worauf hin ein vor Ablauf der bewilligten Frist eingebrachter Kontumazantrag abzuweisen wäre. Wird die Vereinbarung dem Richter nicht angezeigt, so ist sie bei dennoch erfolgter Kontumazirung im Wege der Restitution geltend zu machen;

b) Die Verlängerung der bezeichneten Fristen durch richterliche Verfügung ist beschränkt. Der Richter kann nach §. 6 Pr. N. nur folgende Fristen verlängern: 1. die Fristen zur Überreichung der Einrede, Replik, Duplik, Schluß- und Gegenschlußschrift; 2. die Frist zur Beantwortung einer Aufforderungsklage, gleichviel, ob die Einbringung einer Einrede, oder der aufgeforderten Klage beabsichtigt ist; 3. die Frist zur klageweisen Rechtfertigung eines Verbotes, einer Sequestration oder einer grundbücherlichen Anmerkung, nicht aber auch die Frist zur Rechtfertigung des Personalarrestes. – Frist zur Beibringung einer Fristung.

Das Gesuch um Verlängerung der genannten Fristen muß enthalten (§. 7 Pr. N.): 1. die Angabe, und nach Thunlichkeit Bescheinigung der Gründe der angesuchten Fristverlängerung, also auch die Gründe für die Dauer der neuen Frist; 2. die Angabe des Kalendertages, bis zu welchem die Verlängerung begehrt wird; 3. die Angabe, die wievielte Frist begehrt wird unter Anschluß der dem Bittsteller bereits gewährten Verlängerungen eben dieser Prozeßfrist.

Ist das Gesuch in den unter 2 und 3 genannten Beziehungen mangelhaft, so ist dasselbe wie bei sonstigen Formgebrechen (Mangel rechtsfreundlicher Fertigung u. dgl.) sofort zur Verbesserung zurückzustellen mit Bestimmung einer höchstens dreitägigen Frist zur Reproduzirung in legaler Form. Wird diese Verbesserungsfrist eingehalten, so ist das Fristgesuch als an dem Tage der ersten Präsentation eingebracht zu behandeln; bei Versäumung der Verbesserungsfrist gilt das Fristgesuch im Zeitpunkte der Reproduzirung überreicht.

Digitized by Google

Das Fristgesuch kann der Richter, ohne den Gegner zu hören, **bewilligen,** wenn a) die angesuchte Verlängerung die erste ist, b) das Begehren begründet erscheint und c) die angesuchte Verlängerung die Dauer der ursprünglichen Frist nicht überschreitet, §. 8 Pr. N. Die weitere Voraussetzung, daß das Fristgesuch spätestens drei Tage vor Ablauf der ersten Frist, §. 37 (vor Verstreichung derselben, §. 521) G. O. eingebracht sein müsse, ist im §. 8 Pr. N. nicht gefordert. Ein erst nach Ablauf der Frist eingebrachtes Gesuch ist dem Gegner zur Äußerung zuzustellen (Hfd. v. 7. März 1796 N. 284), wenn aber bereits ein Kontumazantrag eingebracht ist, darauf zu verweisen.

Bei Abgang der Voraussetzungen für sofortige Bewilligung ist das Fristgesuch dem Gegner zur Äußerung binnen bestimmter Frist (drei Tage) bei sonst bewilligter Frist zuzustellen, §§. 8 und 9 Pr. Nov.

Äußert sich der Gegner α) nicht, so gilt die Frist bis zu dem im Gesuche bezeichneten Kalendertag bewilligt. Eine zustimmende Äußerung ist von rechtlicher Bedeutung, wenn der Gegner die angesuchte als letzte Frist zu bewilligen erklärt, was schon über das erste Fristgesuch geschehen kann. Äußert sich der Gegner β) negativ oder bezüglich der Dauer einschränkend, so hat der Richter nach Erwägung aller Umstände über das Gesuch zu entscheiden, und den Endtermin der allenfalls bewilligten Frist kalendermäßig zu bezeichnen.

Die Äußerung auf das Fristgesuch ist einfach zu überreichen, und der richterliche Bescheid für den Fristwerber auf der Äußerung, für den Gegner auf dem von ihm zurückgelegten Fristgesuch auszufertigen.

Ein zweites und weiteres Fristgesuch darf der Richter niemals sofort bewilligen; er hat es dem Gegner zur Äußerung zuzumitteln, oder als unstatthaft zurückzuweisen, letzteres dann, wenn a) die vorhergehende vom Gegner als letzte Frist

Digitized by Google

bewilligt,[4]) oder b) dem früheren Gesuche bei negativer oder einschränkender Äußerung vom Richter, wenn auch nur in beschränkter Dauer stattgegeben, oder c) das vorhergehende Fristgesuch über negative Äußerung abgewiesen wurde (arg. §§. 11 und 12 Pr. N.).

Eine Zurückweisung des Gesuches hat in den genannten Fällen nicht statt, wenn zugleich mit der Überreichung des Fristgesuches die Zustimmung des Gegner urkundlich nachgewiesen wird, §. 10 Pr. N., wozu die Mitfertigung des Gesuches Seitens des Gegners oder dessen Vertreters genügt.

Da so die Entscheidung über ein späteres Fristgesuch von der Art der Erledigung des vorhergehenden abhängt, so ist mit der Erledigung des späteren Gesuches zuzuwarten, bis der Erfolg des früheren Gesuches feststeht, und dieser der Entscheidung zu Grunde zu legen, §. 12 Pr. N.

Gegen die gerichtliche Entscheidung über das Fristgesuch, gleichviel ob das Ansuchen bewilligt oder verweigert, oder als unstatthaft zurückgewiesen wird, steht Rekurs zu. Außerordentlicher Rekurs ist versagt, daher von der ersten Instanz zurückzuweisen, §. 16 Pr. N. Der Rekurs hat keinen Suspensiveffekt, es kann daher, wenn die ausstehende Schrift nicht vor Ablauf der alten Frist (einschl. die Guttage) eingebracht wird, über Kontumazantrag die Inrotulirung der Akten erfolgen, doch ist mit der Schöpfung des Urtheils bis zur Erledigung des Rekurses zuzuwarten, §. 16 Pr. N. Die einem Streitgenossen zugestandene Fristverlängerung gilt allen Streitgenossen bewilligt (Hfd. v. 23. Aug. 1799 N. 474).

III. Für die Berechnung der Fristen gilt Folgendes. Die Frist beginnt zu laufen von dem Tage nach dem Ereignisse, an welches sich die Frist anschließt. Dieses Ereigniß ist a) regelmäßig die Zustellung einer gerichtlichen Erledigung. Entscheidend ist die Zustellung an jene Partei, welche in der Frist handeln

[4]) Eine von der Partei mit Beschränkung der Dauer bewilligte Frist kann nicht als letzte Frist zugestanden werden, Ent. v. 28. Jänner 1885, Spruchp. 2, 290.

Digitized by Google

soll; für die Antretung eines Eides ist die Rechtskraft des Urtheiles für beide Streittheile, also die letzte Zustellung an die Parteien maßgebend;[5]) b) ausnahmsweise eine andere Ereignung, so bei Rechtfertigung des Ausbleibens der Wegfall des Hindernisses, §. 33 a. G. O., bei Wiedereinsetzung wegen verstrichener Frist die erlangte Kenntniß von der Versäumung (Res. v. 31. Okt. 1785 N. 489). Ist für die Prozeßpartei ein Kurator bestellt, so läuft die Frist von der Zustellung an den Kurator.[6])

Die Frist läuft kontinuirlich, es werden also eingerechnet die Ferialtage und die Tage, an welchen die Eingabe auf der Post gelaufen ist (vgl. V. v. 28. Aug. 1860 N. 205). Nicht einzurechnen sind die Tage des Postenlaufes im Bag. V. (§. 11), in die Frist für die Einwendungen gegen einen Zahlungs- und Sicherstellungsauftrag im Wech. V. (§. 7 Wech. V. und §. 2 Wech. Sich. V.), und gegen ein Mandat im Mand. V. (§. 5 der V. v. 21. Mai 1855), dann in die Frist für die Antretung der Parteieide im Wech. V.[7])

Der Lauf der Frist ruht: a) wenn ein Fristgesuch abgewiesen wird, in der Zeit von der Überreichung desselben bis zur Zustellung des abweislichen Bescheides, daher die Partei von da ab zur Einbringung der Schrift (nicht eines neuerlichen Fristgesuches) noch so viele Tage frei hat, als ihr zur Zeit der Überreichung des Fristgesuches von der zuletzt zugestandenen oder bewilligten Frist noch übrig waren, §. 11 Pr. Nr. Guttage laufen nicht, wenn das Fristgesuch als unstatthaft zurückgewiesen wurde; sie laufen nicht über den im Fristgesuche bestimmten Endtermin; b) für die Überreichung der Beweis-(Salvations-)Schrift

[5]) Ent. v. 12. Juli 1851 Jud. V. 6 a.

[6]) Ent. v. 4. Novbr. 1862 Jud. V. 50.

[7]) Ent. v. 4. April 1865 Jud. V. 64. — Die Abgabe auf der Post genügt auch bei Eingaben, welche direkt dem höheren Gericht vorzulegen sind, z. B. Schadenersatzverzeichnisse, G. U. 7988.

Digitized by Google

von der Zeit der Bestellung bis zur Zustellung der Abschriften der Beweisprotokolle (§. 2, Minist. E. v. 16. Dez. 1851 R. 258).

Unterbrochen wird der Fristenlauf bei Ausbruch des Konkurses zu Gunsten der Konkursmasse (§. 7 Kon. O. und §. 40 des G. v. 16. März 1884 R. 36).

Die Zeit ist zu rechnen nach §. 902 b. G. B.; der Tag ist also nicht zu theilen. Die Frist läuft erst nach dem Tage, auf welchen das sie anregende Ereigniß fällt; der Partei kommt zur Vornahme der Prozeßhandlung der letzte Tag voll zu Statten. Im Falle einer Fristverlängerung läuft die neue Frist erst nach Ablauf der früheren Frist (Hfd. v. 14. November 1791 R. 221 und 13. Feber 1795 R. 217, §. 524 gal. G. O.), eine Bestimmung, die derzeit allerdings nur bei paktirter Verlängerung von Bedeutung ist.

Die Frist endet am letzten Tag, welcher bei Verlängerung durch den Richter kalendermäßig bezeichnet ist, zu jener Stunde, mit welcher das Einreichungsprotokoll, bez. bei Fristen, in welche die Tage des Postenlaufes nicht einzurechnen sind, die Post geschlossen wird.[8]) Ist der letzte Tag der Frist ein Sonn- oder allgemeiner Feiertag, so endet die Frist am nachfolgenden Werktage.[9])

Ist die Eingabe bis zu dem bezeichneten Zeitpunkte nicht eingebracht, so erscheint die Frist versäumt. Die später eingebrachte Eingabe ist bei einer Fallfrist ipso jure von Amtswegen (s. §. 61), bei einer Fallfrist über Antrag dann zurückzuweisen, wenn der Gegner der säumigen Partei bereits um Kontumazbehandlung angesucht hat. Trifft bei Fallfristen der letztgenannten Art die verspätete Eingabe und das Kontumazirungsgesuch an demselben Tag bei Gericht ein, so ist ohne Rücksicht auf die Priorität der Prä-

[8]) Gefordert ist nur der Einlauf im Einreichungsprotokoll, nicht auch die gesetzmäßige Behandlung der Eingabe daselbst, G. U. 7715, Ent. v. 18. Sept. 1883 C. 2, 29.

[9]) Sabbathe und israelitische Festtage verschieben den Ablauf der Frist nicht, Besch. v. 5. August 1863 Jud. B. 56.

Digitized by Google

sentation die Eingabe als verspätet abzuweisen (Res. v. 11. Juni 1784 N. 306).[10])

§. 59.

Die Tagsatzungen.*)

I. Für Prozeßhandlungen, auf welche der Richter Einfluß nehmen soll, werden Tagsatzungen angeordnet.

Die Bestimmung der Tagsatzung geht stets vom Richter aus, §. 184 Gr. J. Er hat dabei auf den übereinstimmenden Wunsch der Parteien, auf den Befehl des Gesetzes, die Verhandlung zu beschleunigen (§§. 238, 239 [313, 314], Besitz-Wechsel-Bestand-V.), auf die Ferien bez. Festtage der zu Ladenden Bedacht zu nehmen und dafür zu sorgen, daß die Ladung so rechtzeitig vor dem Termin zugestellt werde, daß dem Geladenen das Erscheinen vor Gericht und eventuell auch eine entsprechende Vorbereitung der Verhandlung ermöglicht erscheine, §. 186 Gr. J.

Die Bestimmung der Tagsatzung begreift die Anordnung des Ortes, des Tages und der Stunde der Verhandlung, §. 19 (20); ist über den Ort nichts bestimmt, so ist das Empfangszimmer bei Gericht zu verstehen. Die angeordnete Tagsatzung ist im Tagebuche einzutragen, und sind hierzu die Parteien, bez. die Zeugen und Sachverständigen zu laden. In Streitsachen ist eine Androhung der Rechtsfolgen des Ungehorsams nur nothwendig, soweit es die G. O. bestimmt, §. 184 Gr. J. Gefordert ist die Androhung der Kontumazfolgen bei wiederholter Ladung des Beklagten, welcher zur ersten Verhandlungstagsatzung eine schriftliche Einrede eingebracht hat (Hfd. v. 1. Sept. 1786 N. 573), ferner für den Klagebescheid im Besitz-V. (§. 6) und im Exekutivprozesse (Hfd. v. 7. Mai 1839 N. 359).[1]) In anderen Fällen

[10]) Nach §. 528 g. G. O. erscheint bei solcher Sachlage das Kontumazirungsgesuch als verspätet.

*) Wetzell S. 919. Renaud: Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes, 1873 §. 86. Fischer, in Wagners Zeitschr. 1847 I. 119.

[1]) Androhung der Kontumazfolgen fordert §. 20 g. G. O.

Digitized by Google

erscheint die Androhung Ungehorsamsfolgen als eine in Prozessen ohne Advokatenzwang zweckmäßige Rechtsbelehrung. — Zeugen und Sachverständigen ist mit Strafe oder Vorführung nur bei wiederholter Ladung zu drohen.

Nach der Res. v. 11. Sept. 1784 N. 336 soll jeder Partei die ganze Stunde, auf welche sie geladen ist, zu Guten gelassen, folglich sie nur dann ausgeblieben zu sein geachtet werden, wenn sie in der ganzen ihr zur Erscheinung bestimmten Stunde sich nicht eingefunden hat. Es gilt diese Wartestunde (hora legalis) nur in Fällen, wo das Ausbleiben der Partei Kontumazfolgen nach sich zieht, also nicht für Zeugen und Sachverständige, und auch nicht für die Partei, wenn eine Kontumazirung nicht in Frage kommt, §. 186 Gr. J.[2])

II. Nach dem Effekte der Versäumung ist die Ladung zum Termin monitorisch, wenn das Nichterscheinen die Vornahme jener Prozeßhandlung, für welche der Termin angeordnet ist, nicht ausschließt, weil diese Prozeßhandlung auch bei Ausbleiben der monitorisch geladenen Partei erfolgen kann; sie ist arktatorisch, wenn das Nichterscheinen Strafe, oder für die Partei Kontumazfolgen nach sich zieht. Die Ladung der Streitparteien erfolgt, von den seltenen Fällen eines richterlichen Gebotes abgesehen, immer nur zur Wahrung ihrer Rechte durch Vornahme jener Prozeßhandlungen, welche ihr zustehen und mit der Wirkung, daß bei Ungehorsam diese Handlungen als versäumt gelten.

III. Alle Tagsatzungen können von jenem Richter, welcher sie angeordnet hat, also eventuell auch von dem um eine Amtshandlung ersuchten Richter[3]) erstreckt werden. Die Erstreckung erfolgt:

[2]) Die Bestimmung über die Zuwartestunde ist nicht anwendbar bei der Augenscheinstagsatzung, Ent. v. 4. März 1884, Ger. Z. 1885: 13, bei Terminen zu exekutiven Feilbietungen, Ent. v. 2. April 1884, Not. Z. 1884: 18; — sie hat Anwendung bei der Tagsatzung zur Ablegung eines Parteieides, Ent. v. 18. Mai 1883, Jur. B. 1883: 52.

[3]) Ent. v. 24. Oktober 1883, Spruchp. 2, 229.

Digitized by Google

1. von Amtswegen, wenn durch die Verhandlung die Zeit, welche für sie in Aussicht genommen ist, erschöpft und der Richter weiter zu verhandeln verhindert ist (Res. v. 11. Sept. 1784 N. 336), oder wenn bei der Tagsatzung Ereignisse vorfallen, welche die Verhandlung unmöglich machen (Erkrankung, Verweigerung des Gehöres wegen ungebührlichen Benehmens, §. 192 Gr. J.). Bei Ermittlung der Prozeßunfähigkeit ist im ordentlichen Verfahren die Verhandlung einzustellen, bei Mangel der Vertretungsbefugniß der Kontumazirung Raum gegeben. In den summarisch zu verhandelnden Rechtssachen folgt aus der Richterpflicht, das Verfahren in Ordnung zu bringen und zu halten, eine weiter reichende Erstreckungsbefugniß;

2. nach Übereinkunft der Streittheile. Bei Anordnung der neuen Tagfahrt ist auf das Übereinkommen Bezug zu nehmen;

3. über Ansuchen eines Streittheiles. Dieses Ansuchen ist begründet:

a) im Gesetz, wenn α) der Gegner in der Tagsatzung neue Thatsachen und Beweismittel angeführt hat, auf welche die Partei nicht ohne Vorbereitung Antwort geben will, Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 620, §. 25 (23) G. O.; β) die Partei dem Gegner das Ausbleiben nachsieht, §. 29. In beiden Fällen wird derjenige, welcher durch Versäumung die Tagsatzung vereitelt hat, über Verlangen des Gegners zum Ersatz der diesfälligen Kosten verhalten:

b) in der Billigkeit, wenn eine Partei wegen eines unvorhergesehenen und unvermeidlichen Zufalles bei der Tagsatzung zu erscheinen oder zu verhandeln verhindert ist, §. 31 (27). Vorausgesetzt ist aktatorische Ladung. Eine Erstreckung über Ansuchen der monitorisch geladenen Partei wird der Richter nur bewilligen, wenn die Tagsatzung noch abgesagt werden kann, und das Gesuch ausreichend begründet erscheint, die Partei also nachweist, daß sie in der Tagsatzung erhebliche Interessen zu wahren hat.

IV. Das Verfahren bei Erstreckung einer Tagsatzung regeln die §§. 13—15 der Pr. N.

Digitized by Google

Ersucht die Partei vor der Tagsatzung eine Erstreckung an, so hat der Richter das Gesuch sofort zu prüfen, und wenn die Partei das Hinderniß hinlänglich bescheinigt hat, und die Zustellung des Erstreckungsbescheides noch vor der anberaumten Tagsatzung bewirkt werden kann, ist die Erstreckung zu bewilligen und sofort neue Tagsatzung anzuordnen.

Ist das Gesuch nicht hinreichend begründet, oder die Tagsatzung in der Zwischenzeit nicht mehr abstellbar, so ist das Gesuch für die Tagsatzung vorzubehalten, und darüber ebenso, wie wenn erst in der Tagsatzung um Erstreckung angesucht wird, der Gegner bei der angeordneten Verhandlungstagsatzung zu Protokoll zu hören. Widersetzt dieser sich der Erstreckung, beharrt er also auf der Verhandlung, so ist über das Erstreckungsansuchen noch im Zuge der Tagsatzung (vom Bezirksrichter, bei Collegialgerichten von dem hiefür bestimmten Senat) zu entscheiden; ist deswegen eine Unterbrechung der Tagsatzung nothwendig, so sind die Parteien zu Protokoll zu belehren, daß die Tagsatzung fortdauere, daher jene Partei, welche sich vor der Kundmachung der Entscheidung entfernen würde, eventuell als ungehorsam zu behandeln wäre. Die Entscheidung ist den Parteien mündlich bekannt zu geben und im Verhandlungsprotokolle ersichtlich zu machen; sie ist aber auch in Erledigung des Protokolles den Parteien schriftlich zuzustellen, weil erst von da ab die Frist zum Rekurs läuft.

Wird die Erstreckung vom Richter verweigert, so ist in die Verhandlung einzugehen, und der Erstreckungswerber, wenn er nicht erschienen ist oder sich vorzeitig entfernt hat, oder die meritorische Verhandlung verweigert, zu kontumaziren, mit der Schöpfung des Ungehorsamsurtheiles aber in nicht summarisch zu verhandelnden Rechtssachen bis zum Ablauf der Frist zum Rekurse gegen den Bescheid über das Erstreckungsgesuch, eventuell bis zur Erledigung dieses Rekurses zuzuwarten.

Wird die Erstreckung bewilligt, so ist die Verhandlung abzubrechen, sofern der Gegner des Erstreckungswerbers nicht er-

Digitized by Google

hoffen kann, daß das Obergericht über Rekurs die Kontumazirung in der Tagsatzung für begründet erkennen werde.

Die durch die Erstreckung einer Tagsatzung erwachsenen Kosten hat jene Partei zu ersetzen, welche durch ihr Verschulden, ihre Nachlässigkeit, oder einen auf ihrer Seite eingetretenen Zufall die Erstreckung veranlaßt hat; bei einer Erstreckung zu Folge der Vereinbarung der Parteien und der Behinderung des Gerichtes entfällt eine abgesonderte Entscheidung über die Erstreckungskosten, sie bilden einen Theil der Kosten des Rechtsstreites.

---

4. Abschnitt.

Prozessualisches Versäumniß und dessen Folgen.*)

§. 60.

Prozessualisches Versäumniß.

Ein Zwang hat gegen die Streitparteien im Zivilprozesse statt bei Bestand der Voraussetzungen für eine Exekution zur Sicherstellung oder für die Exekution zur Befriedigung. Als exequirbarer Richterspruch erscheint auch die Auflage eidlicher Angabe (s. §. 132).

Im Zuge des Streitverfahrens wird wohl die prozessualische Thätigkeit der Zeugen, der Sachverständigen, des Handelsmäklers (s. §. 102 I), nicht aber die prozessualische Thätigkeit der Streitparteien erzwungen; nur im Eheprozesse sind die Ehegatten durch schickliche Zwangsmittel zu persönlicher Theilnahme zu verhalten, §. 6 Ehe V. — Das Erscheinen und Verhandeln der

---

*) Wetzell S. 605. — Bülow: Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, im Archiv f. z. P. 62, 1. — Derselbe: Dispositives Zivilprozeßrecht, im Archiv f. z. P. 64, 1. — Wach: Defensionspflicht und Klagerecht, in Grünhuts Z. 6, 515. — Derselbe: Nachtrag, ebenda 593. — Derselbe: Präklusion und Kontumaz, in Grünhuts Z. 7, 130.

Digitized by Google

Streitparteien vor Gericht wird nicht erzwungen, weil das Gesetz mit der Passivität andere rechtliche Folgen verbindet, §. 192 Ger. Z.

Die mit der Passivität der Streitparteien verbundenen rechtlichen Nachtheile sind entweder Folgen der Versäumung des Handlungs**rechtes**, oder Folgen der Nichterfüllung einer Handlungs**pflicht**, je nachdem der Partei die Schaffung eines prozessualischen Thatbestandes zur Wahrung des eigenen Interesses freisteht, oder im Interesse der anderen Partei obliegt.[1]) Die Grenze zwischen Handlungsrecht und Handlungspflicht der Prozeßparteien ist streitig.

Wo das Gesetz eine Handlung in einer bestimmten Frist, oder in einem bestimmten Prozeßabschnitte verlangt, ist nur ein Handlungsrecht, also eine solche Handlung in Frage, deren sich die Partei zu ihrem Vortheile bedienen, auf die sie daher auch beliebig verzichten kann (willkürliche Prozeßhandlungen). Das Gesetz verlangt nicht, daß gehandelt werde; es verlangt bloß, daß das, was gethan werden will, rechtzeitig geschehe. Die Versäumung einer gesetzlichen Frist, die Versäumung einer Prozeßhandlung auf dem dafür bestimmten Orte (Verstoß gegen die Konzentrationsmaxime) ist Rechtsversäumniß, welches Präklusion zur Foge hat. Die Präklusion beschränkt sich auf das, was derzeit geltend zu machen war, und geltend gemacht werden konnte; später ermittelte Beweise, Einreden u. s. w. sind nicht ausgeschlossen. Diese **poena praeclusi** tritt ein bei Versäumung in der Klagebegründung, in der Geltendmachung von Einreden, Repliken, Dupliken, in der Beweisanbietung, bei Versäumung der Fristen zur Antretung zugelassener Beweise, zur Einlegung von Rechtsmitteln u. s. w.

Eine Handlungspflicht kann also nur aus prozeßleitenden Anordnungen des Richters resultiren, u. zw. nur aus jenen Anordnungen, welche eine Auflage enthalten, eine Handlung

[1]) **Bülow**, im Archiv f. z. P. **64**, 98.

Digitized by Google

fordern. Die vom Richter geforderte Handlung ist eine nothwendige Prozeßhandlung; die Versäumung der nothwendigen Prozeßhandlung ist Pflichtversäumung, auch wenn sich das Gesetz gegen ein bestimmtes Äquivalent mit der Unthätigkeit der Partei zufrieden gibt, weil Beugung des widerstrebenden Willens nicht die einzige Folge des Ungehorsams ist.[2])

Die kategorische Fassung aller prozeßleitenden Verfügungen des Richters macht es nun allerdings zweifelhaft, ob hiermit eine prozessualische Thätigkeit der Streitparteien gefordert, oder ob eine solche Thätigkeit mit zeitlicher Begrenzung zugelassen wird.

Eine Handlungspflicht begründet die Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher nach ar. 37 H. G. B., — die Anordnung der eidlichen Abhörung der Parteien als Zeugen im Bag. V., §. 53, — die Anordnung im Bag. V., daß die Streitpartei die für den Gegner erhebliche Urkunden vorlege oder bezüglich derselben Auskunft gebe, §. 38 Bag. V. Der Richter fordert die bezeichnete Prozeßthätigkeit kraft des ihm vom Gesetze eingeräumten Befugnisses,[3]) er fordert sie (ausschließlich oder mit) im Interesse der Gegenpartei. Die in diesen Fällen eintretenden, gesetzlich bestimmten oder vom Richter nach sorgfältigem Ermessen zu bestimmenden Nachtheile der Passivität sind Ungehorsamsstrafen.

Keine Auflage enthält zweifellos jener Erlaß, in welchem der Richter die Partei lediglich auf die gesetzliche Befristung einer Prozeßhandlung (Antretung von Beweis, Anbringung von Rechtsmittel) aufmerksam macht, und jene Vorladung zu einer Tagsatzung, in welcher der Partei nicht eine Prozeßhandlung zuge-

[2]) Anders Klein: Schuldhafte Parteihandlung, 1885, S. 55: „wo die an die Passivität geknüpfte Folge nicht Beugemittel, sondern Entschädigung ist, da liegt in der Möglichkeit, sich um jenes Opfer dem Handeln zu entziehen, nothwendig Verneinung der Handlungspflicht".

[3]) Die diesfällige Verfügung ist vom Gesetz als Auftrag, als Verpflichtung bezeichnet, §§. 38, 57 Bag. V.

Digitized by Google

muthet, sondern nur Gelegenheit geboten wird, auf die Prozeßhandlung der Gegenpartei (Eid) oder Dritter (Zeugen und Sachverständige) den gesetzlich bemessenen Einfluß zu nehmen (monitorische Ladung).

Der Bescheid, mit welchem der Richter über einen Antrag eine schriftliche oder mündliche Verhandlung anordnet, wird bald als Auflage einer Einlassungs- und Erklärungspflicht, bald als Zulassung der Vertheidigung aufgefaßt. Fest steht, daß die Unthätigkeit des Gegners den Verlauf des Verfahrens nicht hindert. Es kann der Kläger, wenn der Beklagte auf die Klage nicht antwortet, das Urtheil in der Streitsache erlangen §. 29, 239 (25, 314); es ist der Partei, deren Antrag von der Gegenpartei nicht beantwortet wird, in Betreff des Faktums, welches sie angeführt hat, auch ohne weiteren Beweis voller Glauben beizumessen, §§. 36, 46, 52 (32, 38, 43). Es erscheint nicht angemessen, diese Rechtsfolgen aus einem Pflichtversäumniß zu begründen, weil das gerichtliche Verfahren derzeit von einer Einlassung des Gegners auf den Antrag nicht mehr abhängt, die Rechtsordnung also durch den Ausfall der Einlassung nicht gestört wird, und weil das Fürwahrhalten des von der Gegenpartei nicht beantworteten historischen Fundamentes eines Antrages sich aus der Annahme der Verwirkung des Bestreitungsrechtes besser erklären läßt, als aus der Annahme einer Erklärungspflicht (vergl. §§. 64 und 76).

Die gerichtliche Verfügung, mit welcher über einen Antrag eine mündliche oder schriftliche Verhandlung angeordnet wird, enthält also keine Auflage, statuirt keine Einlassungs- und Erklärungspflicht, sondern erscheint wie eine prozeßleitende Anordnung des Gesetzes als eine durch das öffentliche Interesse gebotene zeitliche Begrenzung der den Parteien vorbehaltenen Prozeßhandlungen. Die vom Richter bestimmte Zeit hat dieselbe Bedeutung, wie die vom Gesetze be-

---

[4]) Vergl. Wach a. a. O. und Bülow: Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, im Archiv f. z. P. 62, 1.

Digitized by Google

stimmte Zeit; es ist dabei nicht weiter zu unterscheiden, ob der Richter die Zeit für eine Parteiverhandlung oder für eine Parteihandlung (die Ablegung eines Eides) bestimmt hat. Die Parteien haben in dieser Zeit die dem Angriff oder der Vertheidigung dienlichen Prozeßhandlungen vorzunehmen bei Vermeidung der Präklusion. Es besteht für die Prozeßpartei nur eine bedingte Handlungspflicht, die Pflicht, in bestimmter Zeit und rechter Form zu handeln, wenn sie ihr Recht wahren will. Die Rechtsfolge des Versäumnisses einer Prozeßpartei (Kontumaz) ist Ausschließung der Rechtsbehelfe, von welchen derzeit schon Gebrauch gemacht werden konnte. Nur in den oben genannten Ausnahmsfällen, in welchen der Richter eine prozessualische Handlung zu fordern berechtigt ist, treten die angedeuteten besonderen Rechtsfolgen ein.

§. 61.

Der Eintritt der Versäumnißfolgen und die Beseitigung derselben.

I. Für den Eintritt der Folgen der prozessualischen Versäumung gilt Folgendes:

Verlangt das Gesetz eine Prozeßhandlung in einer bestimmten Frist, oder in einem bestimmten Prozeßabschnitte, so tritt bei Versäumung die Präklusion von selbst ein. Gesetzliche Fristen sind, auch wenn sie der Richter den Parteien in einem Erlaß zum Bewußtsein oder in Erinnerung bringt, Fallfristen ipso jure, wobei der Richter in der Regel „die Partei nicht mehr zu hören", „die Schrift nicht mehr anzunehmen", „von Amtswegen zurückzuweisen" hat, ausnahmsweise aber (bei Rechtfertigung der Versäumung einer Tagsatzung oder Frist, bei Versäumung der Frist zur Beweisantretung, im ordentlichen Verfahren bei Versäumung der Frist zur Appellations- und Revisionsanmeldung) von der amtlichen Feststellung der Versäumung absieht, und darauf nicht weiter Bedacht nimmt, wenn der Gegner auf das Recht aus der Versäumung durch vorbehaltloses Eingehen auf den Antrag ver-

Digitized by Google

zichtet (§. 33 a. G. O., Res. v. 11. Sept. 1784 Nr. 335, Hfd. v. 30. Sept. 1785 Nr. 475, a. h. Ent. v. 22. Mai 1847 Nr. 1065, §. 334 g. G. O.). Durch gleichen Verzicht wird auch ein Verstoß gegen die Konzentrationsmaxime unschädlich (Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 621).

Bei richterlicher Bestimmung der Zeit für die prozessualische Thätigkeit treten die Kontumazialnachtheile ein a) von selbst, wenn der Richter eine bestimmt bezeichnete Handlung (Eid, Vorlegung der Handelsbücher, Antwort auf bestimmte Fragen, im Bag. V. eidliche Aussage, Auskunft über Urkunde) fordert; b) nur über Ungehorsamsbeschuldigung (accusatio contumaciae) der Partei, wenn der Richter über einen Antrag eine Verhandlung anordnet und dazu eine Frist oder eine Tagsatzung bestimmt.

Die Ungehorsamsbeschuldigung erfolgt bei Verhandlung in Fristen derart, daß die Partei nach Verlauf der dem Gegner für eine Eingabe bestimmten Frist[1]) um den Schluß der Verhandlung durch Anordnung der Inrotulirung der Akten ansucht, §. 239 (314). Diesem Gesuche ist nach Feststellung des Ablaufes der Frist statt zu geben, wenn nicht vor dem Ungehorsamsantrag die versäumte Schrift eingebracht wurde (purgatio contumaciae). Wird der Ungehorsamsantrag und die versäumte Schrift an demselben Tage bei Gericht überreicht, so ist die Schrift als verspätet abzuweisen.[2])

Bei der Verhandlung in Tagsatzungen erfolgt die Ungehorsamsbeschuldigung durch Ansuchen zu Protokoll unter Vornahme der Verzeichnung der Verhandlungsakten. Es kann daher nur die über die Ladung zur Tagsatzung erschienene Partei den Gegner, wenn er ausgeblieben ist, oder die Verhandlung ver-

[1]) Ein am letzten Fristtage überreichtes Kontumazirungsgesuch ist auch dann ohne Wirkung, wenn der Gegner nachher die Satzschrift einzubringen versäumt, Ent. v. 2. Novbr. 1883, Spruchp. 1, 169.

[2]) Nach §. 528 g. G. O. ist das Kontumazgesuch abzuweisen.

Digitized by Google

weigert, kontumaziren[3]) (**contumax contumaciam accusare nequit**); bleiben beide Theile aus, so ist die Tagsatzung umgangen (**terminus circumductus**) und jedem Theile vorbehalten, die Verhandlung mit Gesuch um Anordnung einer neuen Tagsatzung zu reassumiren (§. 30 [26] und Res. v. 31. Oktober 1785 N. 489). Die Ungehorsamsbeschuldigung der erschienenen Partei hat, wenn dieser zunächst eine Prozeßhandlung obliegt, erst nach Vornahme derselben Raum;[4]) der Aktenschluß vor dieser Handlung ist Verzicht auf dieselbe. Der Ungehorsamsbeschuldigung ist nur statt zu geben, wenn: a) die ausgebliebene Partei ordentlich geladen war; b) Ferien und Festtage sie nicht vom Erscheinen entbinden; c) wenn die **hora legalis** abgelaufen und d) einem Erstreckungsgesuche nicht statt zu geben ist (worüber derzeit schon in der Tagsatzung erkannt wird). Bei der über die Klage angeordneten ersten Tagsatzung kann der Beklagte überdies auch nicht kontumazirt werden, wenn er bis zur Tagsatzung eine schriftliche Einrede überreicht hat (Hfd. v. 1. Sept. 1786 N. 573, §. 25 g. G. O.)

II. Die Rechtsfolgen der prozessualischen Versäumung können durch Wiedereinsetzung beseitigt werden. Den Parteien ist vorbehalten:

1. Restitution zur Geltendmachung von Thatsachen und Beweismitteln in erster Instanz. Sie können bei dem Richter erwirken die Bewilligung a) von Neuerungen für die Replik, Duplik, §§. 48, 54 (40, 45) und auch für die Schlußschrift,[5]) b) der Zulassung neuer, an Stelle der im Beiurtheile zugelassenen aber mittlerweile verstorbenen Zeugen (Pt. v. 13. Sept. 1787 Nr. 719 u. §. 221 g. G. O.); c) der Beweisführung zur Vermeidung des Eides des Gegners (**probatio pro evitando perjurio**),

[3]) Bis zum Aktenschluß, d. i. bis zur Unterfertigung des Verhandlungsprotokolles Seitens des Richter-Kommissärs, kann die Versäumung eingeholt werden, Ent. v. 27. Oktober 1885, Jur.-Bl. 1885: 49.

[4]) Haimerl, in Wagners Zeitschr. 1835 I., 216.

[5]) Ent. v. 7. Oktober 1870 Jud. B. 69.

Digitized by Google

§. 231 (305). Die Präklusion bezieht sich nur auf das, was die Partei geltend zu machen in der Lage war; Beweismittel, welche die Partei vorhin nicht wissen oder nicht finden konnte, können auch nach ergangenem Spruche im Wege der Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundener Beweismittel zur Geltung gebracht werden, §. 372 b (489).[6])

2. Restitution bei Versäumung einer Frist oder einer Tagsatzung. Sie ist ausgeschlossen, wenn die versäumte Prozeßhandlung für die Entscheidung der Streitsache nicht erheblich erscheint, also bei Versäumung einer Tagsatzung, zu welcher die ausgebliebene Partei nur monitorisch geladen war, und bei Versäumung der Frist zur Einbringung einer Schrift mit rechtlichen Deduktionen. Es ist so Restitution ausgeschlossen, bei Versäumung der Frist für die Appellationsbeschwerde (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489) und zu Folge des §. 260 für die Revisionsbeschwerde; sie ist als ausgeschlossen zu erachten (§. 489 g. G. O.) bei Versäumung der Frist für die Appellations- und Revisionseinrede, und bei Versäumung der Fristen für die Beweisschriften.

Diese Restitution ist auch in den, im Appellations- oder Revisionszuge hängenden Geschäften anzustreben bei der ersten Instanz (Res. v. 31. Okt. 1785 N. 489), mit Gesuch[7]) (Pat. v. 1. Juli 1790 N. 31, §. 494 g. G. O.), welches binnen vierzehn Tagen, gerechnet bei versäumter Frist von jenem Tage, an welchem der Partei oder ihrem Rechtsfreunde die Versäumung der Fallfrist bekannt wurde (Res. v. 31. Okt. 1785 N. 489, Pat. v. 1. Juli 1790 N. 31),[8]) bei versäumter Tagsatzung von

---

[6]) Die Restitution nach ergangenem Spruche ist bei kulposer Verspätung, jene vor ergangenem Spruche nur bei doloser Verspätung ausgeschlossen; Klein: Schuldhafte Parteihandlung, S. 168.

[7]) Canstein: Lehrb. II. 191 fordert Klage, wenn das Restitutionsbegehren gegen ein zugestelltes Urtheil gerichtet ist.

[8]) „Und das Hinderniß, sie zu befolgen, aufgehört hat", §. 490 g. G. O.

Digitized by Google

jenem Tage, an welchem das Hinderniß, bei der Tagsatzung (persönlich oder durch einen geeigneten Vertreter) zu erscheinen (und zu verhandeln) erloschen ist (Hfd. v. 4. Juni 1789 Nr. 1015), einzubringen ist. In dem Gesuche ist darzuthun, daß die Versäumung eine unverschuldete ist, §. 372 (489), also sich in Krankheit, schuldloser Abwesenheit, Nachlässigkeit Dritter, bei Unerfahrenen in Rechtsunkenntniß[9]) gründet, und die Frist zum Ansuchen nicht versäumt ist. Das Gesuch ist niemals sofort abzuweisen (Pat. v. 1. Juli 1790),[10]) sondern darüber eine Tagsatzung auf kurze Frist anzuordnen, dabei beide Theile zu hören, und sonach Bescheid zu erkennen, gegen welchen Rekurs versagt ist, wenn Restitution bewilligt wird, also nur zusteht, wenn die Restitution verweigert wird (Pat. v. 1. Juli 1790 Nr. 31, Hfd. v. 29. April 1846 Nr. 937).[11])

In dem die Restitution bewilligenden Bescheide ist eine neue Frist, bez. neue Tagsatzung anzuordnen; die durch das Restitutionsgesuch dem Gegner verursachten Kosten trägt der Restitutionswerber (Pat. v. 1. Juli 1790 Nr. 31).[12])

Das Restitutionsverfahren wegen Versäumung einer Frist oder Tagsatzung hemmt das weitere Verfahren in der Streitsache, also insbesondere die Schöpfung, bez. die Zustellung des Kontumazialurtheiles (lis suspensa est); es hemmt aber nicht die Exekution des zur Zeit des Restitutionsgesuches bereits zugestellten Spruches (sententia non est suspensa; Pat. v. 1. Juli 1790 Nr. 31, Hfd. v. 19. Feber 1846 Nr. 937).

---

[9]) Pratobevera: Mater. V. 166.

[10]) Auch nicht bei offenbarer Verspätung, Ent. v. 30. Jänner 1883, Spruchp. 2, 44.

[11]) Ausgeschlossen ist der Rekurs nicht, wenn die Restitution von einem Eide bedingt bewilligt wurde, oder wenn eine Nichtigkeit zur Beschwerde Anlaß gibt; zugelassen ist der Rekurs betreffend den Abspruch über die Kosten des Restitutionsverfahrens.

[12]) Ent. v. 31. Jänner 1875 Spr. N. 78.

Digitized by Google

III. Inwieweit diese Bestimmungen über Restitution in den summarischen Prozessen Modifikationen erleiden, ist dort auszuführen.

5. Abschnitt.

Die Beilegung einer Privatstreitsache ohne gerichtliches Streitverfahren.

§. 62.

1. Durch Entscheidung.

I. Die Entscheidungen der Verwaltungsbehörde, der schiedsgerichtlichen Ausschüsse der Gewerbegenossenschaften und der Gewerbegerichte.

1. Die Verwaltungsbehörden entscheiden über die in der Verordnung v. 7. Dez. 1856 R. 224 und v. 15. März 1860 R. 73 genannten Dienststreitigkeiten (vgl. §. 18), wenn sie während des Bestandes dieses Verhältnisses, oder vor Ablauf von 30 Tagen nach Auflösung desselben erhoben werden. Nur die nach Ablauf dieser Frist angebrachten Streitigkeiten gehören zur Amtshandlung der Gerichte.[1]) Gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde ist Abhilfe im ordentlichen Rechtswege zugelassen (ar. 15 Staats-G. G. über das Richteramt).

2. Nach dem G. v. 15. März 1883 R. 39 haben die obligatorischen Gewerbegenossenschaften einen schiedsgerichtlichen Ausschuß zu bilden zur Austragung der zwischen den Genossenschaftsmitgliedern und ihren Hilfsarbeitern aus dem Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisse entstehenden Streitigkeiten.[2]) Die

[1]) Anders nach §. 5 des G. v. 14. Mai 1869 R. 63 über Gewerbegerichte.

[2]) Ein Normalstatut wurde mit Er. vom 18. Juli 1883 Z. 22037 kundgemacht. — Den Gewerbsinhabern, welche einer Genossenschaft nicht angehören, ist die Entrichtung schiedsgerichtlicher Kollegien zu gleicher Thätigkeit freigelassen, § 87, G. v. 8. März 1885 R. 22.

Digitized by Google

Kompetenz dieses Ausschusses wird dadurch begründet, daß beide Streittheile sich demselben schriftlich unterwerfen, oder bei Abgang einer solchen vorherigen Unterwerfung die Gegenpartei über Ladung vor dem Ausschusse erscheint und dessen Zuständigkeit anerkennt.[3]) Die Austragung der Streitigkeit erfolgt im Wege des Vergleiches (Obmann und zwei Schiedsrichter), welcher in ein Protokoll einzutragen und dort von beiden Streittheilen zu unterschreiben ist, oder im Wege des Erkenntnisses (Obmann und vier Schiedsrichter) auf Grund eines im Statute vorzuzeichnenden Verfahrens. Die Vergleiche und Entscheidungen sind im Verwaltungswege vollziehbar (§. 123). Die Entscheidung kann innerhalb acht Tagen von der Kundmachung ab von jedem Streittheile durch Überreichung der Klage bei dem ordentlichen Richter angefochten werden, worüber binnen derselben Frist dem schiedsgerichtlichen Ausschusse Ausweis vorzulegen ist. Diese Anfechtung suspendirt den vorläufigen Vollzug des Erkenntnisses nicht. Die Klage geht wie im Falle der Anfechtung der Entscheidung der Verwaltungsbehörde, auf Aufhebung der ergangenen Entscheidung und auf Kondemnation, oder auf Auflage der Verpflichtung zu klageweiser Geltendmachung des in der Entscheidung zuerkannten Rechtes.

3. Gesetzlich geordnet ist die Konstitutirung, die Kompetenz, das Verfahren und der rechtliche Effekt der Vergleiche und Entscheidungen der **Gewerbegerichte** im G. v. 14. Mai 1869 R. 63. Gewerbegerichte werden für Städte und Bezirke mit fabriksmäßigem Betrieb gleicher oder verwandter Gewerbe, über Antrag der Interessenten, nach eingeholtem Gutachten des Landtages (§. 2), eventuell des Landesausschusses (G. v. 1. April 1872 R. 42), vom Justizminister im Einvernehmen mit dem Handelsminister mit Verordnung zugelassen, wenn die mit deren Geschäftsführung

[3]) Obligatorische Kompetenz für Arbeits-, Lehr- und Lohnstreitigkeiten ist aus §. 124 zit. nicht zu erschließen.

Digitized by Google

verbundenen Kosten ohne Belastung des Staatsschatzes gedeckt werden.[4])

Das Gericht besteht aus 12—24 Mitgliedern, welche zur Hälfte von den Arbeitgebern, zur Hälfte von den Arbeitern gewählt werden. Der zu Wählende muß männlichen Geschlechtes, 30 Jahre alt, eigenberechtigt, des Lesens und Schreibens kundig sein, im Sprengel des Gewerbegerichtes wohnen, und dem Wahlkörper angehören, aus welchem er gewählt wird; die Arbeitgeber können aber auch Fabriksbeamte wählen. Die Gewählten verpflichten sich bei der Verwaltungsbehörde erster Instanz durch Eid zu gewissenhafter Ausübung ihres Amtes, und fungiren drei Jahre, die Arbeitgeber unentgeltlich, die Arbeiter gegen Präsenzgeld und Ersatz der Erscheinungskosten. — Die Rechtssache gelangt zuerst an die Vergleichskommission (Obmann und zwei Mitglieder), eventuell an das Spruchkollegium (Obmann und 4—8 Stimmführer). Das Verfahren vor dem Spruchkollegium ist mündlich und öffentlich, die Beweise sind frei zu würdigen. Eine Vertretung der Parteien im Vergleichs- und Verhandlungsverfahren ist nur bei Prozeßunfähigkeit oder Verhinderung statthaft; als Bevollmächtigte werden nur Angehörige oder Berufsgenossen der Partei zugelassen. Für Nichteigenberechtigte hat deren gesetzlicher Vertreter zu fungiren, doch ist den minderjährigen Arbeitern in Streitigkeiten über den selbstständig verabredeten Arbeitslohn, und über Auflösung eines selbstständig eingegangenen Arbeitsverhältnisses Vergleichs- und Prozeßfähigkeit zugestanden (§§. 33, 34).

[4]) Es sind Gewerbegerichte konstituirt: 1. in Brünn für Webeindustrie und die damit verwandten Gewerbe (V. v. 9. Nov. 1869 R. 167); 2. in Wien für Maschinen- und Metallwaaren-Industrie (V. v. 13. Nov. 1871 R. 134); 3. in Bielitz für Textilindustrie und Nebengewerbe (V. v. 11. Feber 1872 R. 12); 4. in Reichenberg für Webeindustrie und verwandte Gewerbe (V. v. 22. Feber 1873 R. 27); 5. in Brünn für Metallindustrie (V. v. 24. Dez. 1874 R. 1 ai. 1875).

Digitized by Google

Den Gewerbegerichten sind zugewiesen die aus dem Arbeits- oder Lehrverhältnisse entstehenden Streitigkeiten zwischen den Arbeitgebern und deren Stellvertretern und den Arbeitnehmern (Arbeitern und Lehrlingen), dann zwischen den Arbeitern unter einander, betreffend: a) den Lohn; b) die Auflösung des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses; c) Entschädigungsansprüche aus dem Dienstaustritte oder der Dienstentlassung; d) Ersatzansprüche aus Beschädigung von Fabriksgegenständen; e) Streitigkeiten, welche sich auf die Pensions-, Kranken- oder andere derartige Kassen beziehen, sofern zu diesen Kassen Arbeitgeber und Arbeiter Beiträge leisten (§. 4). Die Kompetenz ist begründet, wenn das Gewerbegericht für die bezügliche Gewerbeunternehmung bestellt ist (§. 4), und die Rechtssache während der Dauer des Arbeits- oder Lehrverhältnisses oder binnen 30 Tagen nach der Auflösung angebracht wird. Später erhobene Streitigkeiten gehören vor den ordentlichen Richter, §. 5, welcher eine vor dieser Zeit angebrachte Sache an das Gewerbegericht nur über Einwendung der Partei zurückweist, insofern sich das Gewerbegericht nicht schon für inkompetent erklärt hat, §. 6.

Die Gewerbegerichte sind den ordentlichen Gerichten unterstellt. Es ist:

1. das Bezirksgericht des Standortes des Gewerbegerichtes berufen zur Exekution der Vergleiche und Erkenntnisse desselben. Dem Ansuchen ist eine Ausfertigung des Urtheiles oder Vergleiches, und insoweit das Urtheil der Anfechtung unterliegt, auch die Bestätigung des Gewerbegerichtes beizulegen, daß die Erhebung der Beschwerde nicht ausgewiesen, oder die Wirkung der erhobenen Beschwerde erloschen sei, §. 75;

2. das ordentliche Gericht, d. i. jenes, welches gesetzlich zuständig wäre, berufen zur Entscheidung über Beschwerden gegen das Gewerbegericht. Solche Beschwerde steht immer nur zu, wenn das Gewerbegricht die Sache bereits durch Urtheil erledigt hat, §. 67. Zugelassen ist Beschwerde:

Digitized by Google

a) wegen Inkompetenz, wenn sie bei dem Gewerbegerichte eingewendet, aber von demselben nicht anerkannt wurde. Diese Beschwerde ist in Gesuchsform binnen 8 Tagen von der Verkündigung, und wenn diese in Abwesenheit des Beklagten erfolgte, von der Zustellung des Urtheiles bei dem ordentlichen Richter anzubringen, welcher nach Anhörung beider Theile mit Bescheid erkennt, ob das Urtheil des Gewerbegerichtes wegen Inkompetenz aufzuheben sei. Gegen diesen Bescheid steht kein Rechtsmittel zu, §. 69;

b) wegen vermeintlicher Ungerechtigkeit des Spruches. Diese Beschwerde ist binnen 14 Tagen nach der Verkündigung, eventuell Zustellung des Urtheiles bei dem ordentlichen Richter mittelst Klage anzubringen, und bei dem Gewerbegerichte die Erhebung der Klage auszuweisen. Die Klage geht: α) wenn sich der ursprüngliche Kläger beschwert, auf Aufhebung des Urtheiles des Gewerbegerichtes und Entscheidung in der Sache selbst: β) wenn sich der ursprüngliche Beklagte beschwert, auf Aufhebung des Urtheiles des Gewerbegerichtes und Auftrag an den Gegner, das bei dem Gewerbegerichte geltend gemachte Recht bei sonstigem Erlöschen desselben nun vor dem ordentlichen Richter mittelst Klage geltend zu machen. Diese Beschwerdeklage ist also eine Aufforderungsklage wegen Berühmung, welche nur mit der aufgeforderten Klage beantwortet werden darf, §. 71.

Die Beschwerde wegen Inkompetenz ist ohne Rücksicht auf den Betrag der Streitsache zugelassen, die Beschwerde wegen Iniquität aber ausgeschlossen in Rechtssachen, welche sich gesetzlich zum Bagatellverfahren eignen, und in Streitsachen über die Auflösung des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses, wenn nicht gleichzeitig über mehr als 50 fl. erkannt ist. Die Beschwerden suspendiren das Urtheil, doch ist Mobilar-Exekution zur Sicherstellung zugelassen, wenn die Beschwerde zulässig und rechtzeitig erhoben erscheint; unzulässige und verspätete Beschwerden sind von Amtswegen zurückzuweisen, §§. 73, 74.

Digitized by Google

II. Die Entscheidung durch den Schiedsrichter.[5])

Die Entscheidung durch den Schiedsrichter beruht auf einem Vertrag. Dieser erfordert: 1. zur Giltigkeit a) ein der Disposition der Parteien unterliegendes Streitverhältniß (wie der Vergleich), b) die Berechtigung zu diesem Übereinkommen (§. 1008 b. G. B.), c) schriftliche Form;[6]) 2. zur Vollständigkeit die Einigung über die Person des Schiedsrichters, und dessen Erklärung, Richter sein zu wollen. Geeignet zum Schiedsrichteramte sind auch Nichteigenberechtigte, wenn sie nur die erforderliche Einsicht haben; dienende Richter sollen dieses Amt, insbesondere zwischen Parteien, welche ihrer Gerichtsbarkeit unterworfen sind, und in Angelegenheiten, die zu ihrer Rechtspflege gelangen könnten, nicht annehmen (Hfd. v. 27. März 1800 N. 498), doch ist deren Schiedsspruch nicht ungiltig.

Die Annahme des Schiedsrichteramtes verpflichtet zur Verhandlung und Entscheidung des Streites, §. 271 (360); das schriftliche Kompromiß berechtigt, der Klage bei dem ordentlichen Gerichte die Einwendung der Imkompetenz entgegen zu stellen.[7])

Für das Verfahren vor dem Schiedsrichter ist die Vereinbarung, eventuell die G. O. maßgebend, §. 272 (361). Der Gehorsam der Parteien wird durch die Kontumazialnachtheile gedeckt. Soll aber ein Eid abgenommen, ein Zeugenverhör vorgenommen, oder ein Gutachten von Sachverständigen eingeholt werden, so haben sich die Schiedsrichter deswegen an den ordentlichen Richter zu wenden (§. 380 der Z. P. O. von 1852).

---

[5]) Larcher: Rechtsfragen über das Institut der Schiedsrichter. Ger. Z. 1881 N. 5 f.

[6]) Vielleicht nicht „bei Handelsgeschäften" ar. 317 H. G. B. Bei den Konsulargerichten ist mündliches Kompromiß anzuerkennen (§. 17 N. V. v. 31. März 1855 N. 58). In den zur Berggerichtsbarkeit gehörigen Rechtssachen ist zur Giltigkeit des Kompromisses der Verzicht auf weitere Beschwerdeführung gefordert (§. 21. Pat. v. 1. Nov. 1781; §. 599 g. G. O.)

[7]) Besch. v. 4. März 1858 Jud. B. 26.

Digitized by Google

Der Schiedsspruch sollte an sich nur wie ein Vergleich anfechtbar sein (§. 1385 f. b. G. B.); indeß gilt Folgendes. Es ist gegen das laudum nicht ein Rechtszug an das gesetzliche Berufungsgericht zugelassen (Res. v. 14. Juni 1784 N. 306), also Appellation nur möglich, wenn sich die Parteien über eine höhere Schiedsinstanz geeignet haben (Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 621). Immer können sich die Parteien nach der Entscheidung des Schiedsrichters an den ordentlichen Richter wenden, u. zw.: a) wenn sie ausdrücklich es bei dem Spruche des Schiedsrichters bewenden zu lassen bedungen, und sich aller Beschwerdeführung begeben haben, mit Klage auf Ungiltigkeit des Schiedsspruches bei einem offenbaren Betrug, §. 273 (362). Diese Klage ist an keine Zeit gebunden; b) wenn eine solche Vereinbarung fehlt, mit Klage, über welche die Streitsache ohne Bedacht auf das laudum abzuführen ist, §. 274 (363). Der vermeintlich Berechtigte wiederholt demnach die Klage, die bei dem Schiedsrichter angebracht war; der bei dem Schiedsrichter Beklagte klagt bei dem ordentlichen Richter auf klageweise Geltendmachung des bei dem Schiedsgericht erhobenen Anspruches. Diese Klage ist binnen 14 Tagen nach Zustellung des Schiedsspruches anzubringen, widrigens derselbe rechtskräftig und exequirbar wird.

Die Exekution des Schiedsspruches bewilligt der ordentliche Richter auf Grund des Kompromisses, der Ausfertigung des Schiedsspruches, und der Bescheinigung über die Zustellung desselben. Haben sich die Parteien auch bezüglich der Exekution dem Schiedsrichter unterworfen, so ist die Exekution bei diesem anzusuchen, und über dessen Ersuchen vom ordentlichen Richter zu vollziehen (Res. v. 31. Oktober 1785 N. 489). Die rechtzeitige Anfechtung des Schiedsspruches hemmt die Exekution.[8])

Gewisse Rechtssachen sind durch besondere Anordnungen schiedsgerichtlicher Entscheidung zugewiesen. Hervorzuheben ist, daß

[8]) Ent. v. 11. März 1873, Spr. N. 42.

Digitized by Google

über den Einspruch des Regierungskommissärs gegen Beschlüsse der Generalversammlung und des Generalrathes der österr.-ungar. Bank, über Streitigkeiten der Gesellschafter anläßlich der Auflösung, und über Ansprüche gegen die Gouverneure, die Generalräthe und die Mitglieder der Direktionen ein aus den Räthen der höchsten Gerichte in Österreich-Ungarn zusammengesetzter Senat als Schiedsgericht entscheidet (ar. 35. 43, 53 und 108 des Bankstatutes v. 27. Juni 1878 R. 66); daß die Handels- und Gewerbekammern in Handels- und Gewerbeangelegenheiten als ständige Schiedsgerichte fungiren, und, wenn angegangen, nach dem G. v. 29. Juli 1868 R. 85 verfahren; daß das Börsegesetz v. 1. April 1875 R. 67, §. 6 dem Börsestatute anzuordnen überläßt, daß Streitigkeiten aus Börsegeschäften durch das Börseschiedsgericht ausgetragen werden müssen, wenn die Parteien nichts anderes schriftlich vereinbart haben, und daß sohin die Klage auf Ungiltigkeit des Schiedsspruches binnen 8 Tagen unter Mitfertigung eines Advokaten einzubringen sei.

§. 63.

2. Durch Vergleich.

Man nennt im Prozeßbereiche Vergleich jede vereinbarte Bestimmung eines streitigen Verhältnisses. Gegenstand eines solchen Vergleiches sind willkürliche Rechte und Verbindlichkeiten, §. 1375 b. G. B. Es sind zu unterscheiden:

a) **gerichtlich** exequirbare Vergleiche. Solche vermitteln:

1. die k. k. Polizeibörden (Hfd. v. 16. Jänner 1801 Nr. 516, und M. V. v. 18. Juni 1853 R. 114);

2. die Gemeindevermittlungsämter. Grundnorm für diese ist das Reichsgesetz v. 21. September 1869 R. 150. Nach diesem können von dem aus Vertrauensmännern der Gemeinde gebildeten Vermittlungsamte wirksame Vergleiche geschlossen werden in Streitsachen betreffend eine Geldsumme, oder in Geld geschätzten Mobilien bis 300 fl., §. 1. Ein Zwang zum Erscheinen vor

Digitized by Google

dem Vermittlungsamte besteht nicht, §. 2. Die Verhandlung muß in Anwesenheit von mindestens zwei Vertrauensmännern erfolgen, §. 1. Ein Vergleich auf einen Eid ist ausgeschlossen, §. 3. Der zu Stande gebrachte Vergleich ist in ein parafirtes Amtsbuch einzutragen, und dort von den Parteien mitzufertigen, §. 5. Aus diesem Buche sind über Verlangen den betheiligten Parteien Amtsurkunden auszufertigen; diese haben unter Beziehung der Zahl des Bandes, und der Seite des Amtsbuches, eine wortgetreue Abschrift des in dasselbe Eingetragenen zu enthalten, sind von dem Gemeindevorsteher und einem Mitgliede des Vermittlungsamtes zu unterschreiben, und mit dem Gemeindesiegel zu versehen, §. 7; sie bilden die Grundlage der vom Gerichte zu bewilligenden Exekution. Kommt ein Vergleich nicht zu Stande, so kann von den vor dem Vermittlungsamte abgegebenen Erklärungen einer Partei gegen dieselbe in einem späteren Rechtsstreite kein Gebrauch gemacht werden, §. 4. Die Durchführung dieses Gesetzes wurde der Landesgesetzgebung vorbehalten, §. 10; sie erfolgte für Böhmen, Schlesien, Niederösterreich, Kärnthen, Krain, Vorarlberg, Dalmatien, Galizien und die Bukowina.[9]) Die Bestellung der Vermittlungsämter ist den Gemeinden, welche die Kosten des Amtes zu tragen haben, freigestellt; nur in Vorarlberg ist sie schlechthin, in Galizien für Ortsgemeinden mit über 4000 Einwohnern geboten. Die Kompetenz ist allenthalben nach dem bezogenen Reichsgesetze festgestellt, in Schlesien aber auf Rechtssachen bis 210 fl. beschränkt. Allenthalben ist gefordert, daß wenigstens eine der Streitparteien im Gebiete des Vermittlungsamtes wohne, oder sich dort aufhalte.

3. die Gewerbegerichte, §. 75 G. v. 14. Mai 1869 R. 63;

b) im **Verwaltungswege** exequirbare Vergleiche. Solche vermitteln:

1. die politischen Behörden in den mehrgenannten Dienststreitigkeiten;

[9]) Geller: Österr. Verwaltungsgesetze I. Z. 97. Kaserer: Justizverwaltung I. 123.

Digitized by Google

2. der schiedsgerichtliche Ausschuß der Gewerbegenossenschaft, §. 123, G. v. 15. März 1883 R. 39, vorher der Genossenschaftsvorstand, §. 102 der Gewerbe-O. v. 20. Dezember 1859, und das schiedsrichterliche Kollegium zur Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisse jener Gewerbsunternehmungen, welche einer Genossenschaft nicht angehören, §. 87 c. des G. v. 8. März 1885 R. 22.

Exequirbare Vergleiche berechtigen, wenn aus dem ursprünglichen Streitverhältnisse Klage erhoben wird, zum Klagrückerlag; nicht exequirbare Vergleiche befreien von der Streiteinlassung nicht.

Digitized by Google

Zweiter Titel.

Das Streitverhältniß insbesondere.

Erstes Kapitel.

Die Begründung.*)

§. 64.

Die Begründung des Streitverhältnisses.

Der gerichtliche Rechtsstreit erfordert, abgesehen von dem Falle der Untersuchung der Ungiltigkeit einer Ehe nach Maßgabe des §. 94 b. G. B., eine Klage. Die Klage ist der Antrag auf Prozeß und urtheilsmäßige Feststellung eines bestimmt bezeichneten Rechtsanspruches.[1]) Sie ist Veranlassung eines gerichtlichen Verfahrens, Prozeßgrundlage, Prozeßbegründungsakt, nicht aber die Prozeßbegründung. — Prozeßbegründung ist die Begründung der Pflicht des Gerichtes zur Verhandlung und zum Urtheil, und der Prozeßpflicht des Beklagten. Die Prozeßbegründung entfällt, das Prozeßrechtsverhältniß wird nicht existent, wenn der Richter die Einleitung des rechtlichen Verfahrens verweigert, oder wenn der Beklagte die Verhandlung über die Klage mit Erfolg ablehnt.

---

*) Wetzell: System S. 114. — Keller: Litiskontestation und Urtheil, 1827. — Albrecht: Die Exceptionen, 1835. — Mayen: Die Beweislast, 1861. — Degenkolb: Einlassungszwang und Urtheilsform, 1877. — Wach: Defensionspflicht und Klagerecht, in Grünhuts Z. 6, 615. — Derſ.: Präklusion und Kontumaz, ebenda 7, 130. — Bar, im Archiv f. z. P. 52, 431. — Heyßler, in Grünhuts Z. 1, 114. — Bülow: Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, im Archiv f. z. P. 62, 1. — Derſ.: Dispositives Zivilprozeßrecht, ebenda 64, 1. — Weismann: Hauptintervention 1884. — Seuffert: Recht, Klage, Zwangsvollstreckung, in Grünhuts Z. 12, 617.

[1]) Demelius, Confessio 232.

Digitized by Google

— Streitbegründung ist die Einlassung des Beklagten auf die Klage. Die Verhandlung über die Prozeßpflicht des Beklagten ist Streit über die Prozeßbegründung.[2])

Es ist Pflicht des Richters, über die Klage das rechtliche Verfahren einzuleiten und dem Streitverfahren Raum zu schaffen, wenn nach den Vorlagen die Voraussetzungen für ein rechtsgiltiges Verfahren gegeben erscheinen. Es ist Pflicht des Beklagten (Prozeßpflicht), über eine formell richtige Klage vor dem zuständigen Richter Recht zu geben. Die Pflicht des Richters zur Streitverhandlung, die Unterworfenheit des Beklagten unter das staatliche Gericht ist Folge der Rechts- und Friedensordnung. Angeregt wird beiderlei Pflicht durch den Klageantrag; dieser begründet die Gebundenheit des Gerichtes und des Beklagten, weil er begründete Behauptung eines staatlich geschützten (vollkommenen) Privatrechtes ist. Das Klagerecht, d. h. das Recht auf Begründung des Prozeßverhältnisses, resultirt aus dem staatlichen Schutze der Privatrechte; es ist dem materiell Berechtigten zugedacht, besteht aber auch ohne Recht, weil der Bestand des Rechtes zur Zeit des Klageantrages nicht erkennbar ist.[3])

Der Beklagte, welcher den vom Richter zugelassenen Streit nicht ablehnen kann oder will, kann den Streit durch Anerkennung des Klagebegehrens ausschließen (cedere), er kann sich in den Streit einlassen (contendere), er kann sich aber auch passiv ver-

---

[2]) Weismann a. a. O. S. 120, Nte. 32 gegen Schollmeyer: Der Zwischenstreit, 1880, S. 78 f.

[3]) Unger: System 2. 439 (actio est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur). Wach: Defensionspflicht und Klagerecht in Grünhuts Z. 6. 515. — Ein vom Privatrechte nnabhängiges Klagerecht (staatsrechtlicher Natur) behaupten: Degenkolb: Einlassungszwang und Urtheilsform, mit ihm Sohm in Grünhuts Z. 4. 469; Thon: Rechtsnorm 1878; Plósz: Theorie des Klagerechtes, 1880; Rocholl: Feststellungsklage, in der Zeit. f. d. Z. P. 8, 338; Seuffert: Recht, Klage, Zwangsvollstreckung, in Grünhuts Z. 12, 617. Dazu Baron, Anzeige von Degenkolb und Plósz in der krit. Viertelj. 24, 317.

Digitized by Google

halten. Die Passivität des Beklagten gegenüber der vom Richter zugelassenen Klage erscheint als ein durch Zwang zu überwindendes Pflichtversäumniß, wenn die Aburtheilung über den Klageanspruch ohne Einlassungserklärung des Beklagten nicht möglich, oder der Kläger wenigstens berechtigt ist, auf eine solche Einlassungserklärung des Beklagten zu dringen. Die Nothwendigkeit einer solchen Einlassungserklärung für den Prozeß und das Urtheil, und auch das Recht des Klägers, auf einer solchen Erklärung zu bestehen, ist im gemeinen Prozesse vorlängst entfallen.[4]) Auch nach österr. Rechte wird durch die Passivität des Beklagten das Gericht in der Rechtsfeststellung für die Parteien, der Kläger in der Verfolgung seines Rechtsanspruches nicht behindert. Eine Verpflichtung des Beklagten, sich auf die Klage durch Erklärung in den Streit einzulassen (Einlassungspflicht), besteht nicht.

Der Kläger erlangt auch bei Passivität des Beklagten Urtheil über den Klageanspruch.[5]) Dieses Urtheil ist nicht mit der Fiktion

---

[4]) Clementina Saepe, §. 36 J. R. Ab.

[5]) Darüber, ob der Ausfall einer besonderen Einlassungserklärung auch den Wegfall der Einlassungspflicht des Beklagten begründe, besteht Streit. Die bisher herrschende Lehre (Wetzell, S. 114 und 609) geht dahin, der Prozeß werde begründet durch Litiskontestation; diese Litiskontestation sei nicht mehr ein solenner, nicht mehr ein besonderer Prozeßakt (Unger: System 2, 519), sie sei aber geblieben, was sie ursprünglich gewesen (Bolgiano: Klageänderung, im Archiv f. z. Praxis 60, 266), nämlich die ausgesprochene oder aus den Umständen sich ergebende Streitabsicht der Parteien; der Beklagte kann sich dem Streit nicht entziehen, er kann sich durch affirmative und negative Beantwortung der Klagethatsachen ausdrücklich in den Streit einlassen; antwortet er nicht, so macht er sich einer Pflichtversäumung schuldig (Degenkolb: Einlassungszwang und Urtheilsform), welche Fiktion der Streiteinlassung nach sich zieht. — Gegen die Annahme einer Streit- und Einlassungspflicht wurde vorlängst (Gönner: Handbuch 1, 125, 132, 437 f.), in der Neuzeit insbesondere von Bülow: Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten im Archiv f. z. P. 62. 1, nicht ohne Anerkennung (Kohler in der Krit. Vierteljs. 22, 354. Vgl. auch Demelius:

Digitized by Google

eines Streitwillens des Beklagten zu begründen, weil der Bestand oder Abgang eines solchen Willens für den Bestand der Rechtsordnung völlig gleichgiltig ist. Die Annahme eines Streitwillens des Beklagten im Falle der Passivität ist zweifellos mit dem gewöhnlichen Sachverhalte im Widerspruch; der Beklagte läßt das Urtheil nach Maßgabe der Klage über sich ergehen, weil er einen Nachtheil nicht besorgt, oder einen solchen nicht abwehren kann, oder nicht abwehren will. Die Passivität des Beklagten kann nur dahin aufgefaßt werden, daß er der Klage gegenüber derzeit wehrlos sei, oder von der ihm zur Verfügung stehenden Vertheidigung keinen Gebrauch machen wolle. Die vom Richter zur Amtshandlung geeignet befundene Klage begründet für den Beklagten die Nöthigung, rechtzeitig geltend zu machen, was ein ihm nachtheiliges Urtheil abzuwenden vermag; sie begründet aber keine Pflicht zum Streiten, keine Pflicht zur Vertheidigung. Streitpflicht folgt nicht aus der Rechtsordnung; Vertheidigungspflicht ist mit der Natur der Privatrechte unvereinbar. Dem Beklagten steht also neben dem cedere und dem contendere auch noch die Passivität zu Wahl. Er ist zur Passivität berechtigt; eine Pflicht zum Streite und zur Vertheidigung hat er nur gegen sich selbst. Die Nichtvertheidigung ist Rechtsverzicht, nicht Pflichtversäumniß.

Die Streiteinlassung des Beklagten ist nun allerdings eine Prozeßhandlung von rechtlich erheblicher Bedeutung. Sie begründet einerseits den Ausschluß jeder Vertheidigung des Beklagten, welche nach dem Gesetze dieser Einlassung vorauszugehen hat; andererseits bringt sie neue Anträge und Behauptungen, also neuen Ur-

---

Confessio 34, 230, Weismann: Hauptintervention 126, Klein: Schuldhafte Parteihandlung, S. 42; — auch Bolgiano im Archiv f. z. P. 68, 85) angekämpft. Mit besonderer Energie wahrt die alte Auffassung Wach, in Grünhuts Z. 6. 593 und in dem Aufsatz: Präklusion und Kontumaz, ebenda 7. 130. Vergl. auch Plósz: Beiträge zur Theorie vom Klagerechte, Birkmayer, im Archiv f. z. P. 66. 22.

Digitized by Google

theilsstoff in den Prozeß. Doch begründet diese Einlassung nicht das Prozeßrechtsverhältniß; dieses besteht bei Einlassung des Beklagten in den Streit, es besteht aber auch ohne solche Einlassung. Prozeßbegründend erscheint jener Akt, welcher die Prozeßsubjekte an die Klage bindet. Dieser Akt ist nach österr. Rechte die Zustellung der Klage an den Beklagten mit der Aufforderung zum Streite. Allerdings ist die durch diesen Akt begründete Gebundenheit der Streitsubjekte an die Klage noch immer eine bedingte; noch ist es möglich, daß der Kläger von der Klage zurücktritt; noch ist möglich, daß der Richter das Urtheil, der Beklagte den Streit ablehnt, aber doch nur, wenn der Prozeß auf eine fehlerhafte oder mangelnde Grundlage aufgebaut erscheint, oder wenn besondere Verhältnisse die Lösung des Prozeßbandes veranlassen.

Verschieden von der Prozeßbegründung ist die Streitbegründung, Litiskontestation im derzeitigen Sinne. Sie ist die Verhandlung des Beklagten über die Klagsache. Eine solche Verhandlung wird nicht erzwungen, nicht aufgenöthigt; sie ist, wie die Geltendmachung der Privatrechte, Sache freien Entschlusses. Sie ist für den Inhalt des Streites von Bedeutung, nicht aber für den Bestand des Prozesses, weil dieser von dem Willen des Beklagten völlig unabhängig ist. Was als Rechtswirkung der Litiskontestation bezeichnet wird,[6]) ist Rechtsfolge der Begründung des Prozeßverhältnisses, und unabhängig davon, ob der Beklagte sich zur Streiteinlassung entschließt oder nicht.

§. 65.

Die Streitausschließung und die Streitablehnung.

I. Der Richter darf ein unzulässiges oder ungiltiges Verfahren niemals zulassen; er ist daher auch verpflichtet, die Klage

[6]) Unger: System 2, 527. — Schultze: Privatrecht und Prozeß, 1883, S. 313, 448 erklärt die Litiskontestationswirkungen des älteren röm. Rechtes als Urtheilswirkungen. Dazu Demelius, in Grünhuts Z. 11. 737.

Digitized by Google

einer gesetzlich bestimmten Prüfung zu unterziehen, und wenn sich dabei Mängel eines rechtsgiltigen Streitverfahrens ergeben, oder einseitig vom Richter feststellen lassen, die Einleitung der Verhandlung zu verweigern, also die Klage sofort (ex primo decreto, a limine) abzuweisen.

Der Richter hat die Klage zurückzuweisen, wenn sich bei der Prüfung derselben ergibt:

1. bezüglich des Klagegegenstandes: a) daß sich der Anspruch nicht zum gerichtlichen Verfahren eignet, §. 1, 48 J. N.; b) daß dem geltend gemachten Anspruche das Klagerecht versagt ist, also auch im Falle der Submission das Begehren nicht anerkannt werden dürfte;[1])

2. bezüglich des Gerichtes, daß es sachlich oder örtlich inkompetent ist, §. 1, 48 J. N. Bei Inhabilität, welche nicht Inkompetenz begründet (§ 42 J. N.), ist Stellvertretung oder Delegation zu veranlassen, §. 57 Gr. J.;

3. bezüglich der Parteien: a) daß der Kläger oder Beklagte nicht prozeßfähig ist, §. 64 (57); b) daß dem Kläger die formelle Berechtigung zur Klage mangelt.[2]) Die Sachlegitimation ist erst bei der Entscheidung der Streitsache zu prüfen;

4. bezüglich des Vertreters, daß der Ausweis der Legitimation abgeht (Hfd. v. 23. Juli 1813 Nr. 1067);

5. bezüglich der Klage, daß sie wider die Vorschriften der G. O. überreicht ist (Hfd. v. 6. Oktober 1783 Nr. 197), so wenn die Eingabe als bloße Protestation erscheint (Hfd. v. 25. Juni 1789 Nr. 1026), wenn das Klagebegehren oder die Begründung fehlt, das Begehren dunkel oder ungereimt, für die Zustellung nicht entsprechend versorgt ist, (Hfd. v. 21. Oktober 1793 Nr. 131),

---

[1]) G. U. 814. 1292. 1666. 1787.

[2]) G. U. 26, 586 (Besitzstörungsklage gegen gedungene Leute), 461 (Klage gegen den Verlassenschaftskurator trotz Erbserklärung. Anders Menger: Streitparteien, Grünhuts Z. 7. 712), 1058 (Paternitätsklage gegen die Konkursmasse).

Digitized by Google

die Bestimmungen über gerichtsübliche Sprache und rechtsfreundliche Fertigung nicht beachtet sind, gesetzwidrige Klagenhäufung vorliegt.

Ist der Mangel der Klage behebbar (bei gesetzwidriger Klagenhäufung durch Absonderung der Ansprüche, Hfd. v. 27. Sept. 1792 Nr. 53), so erfolgt die Zurückweisung mit Vorbehalt der Reproduzirung binnen bestimmter Frist, bei deren Einhaltung die Rechtswirkungen der Klage im Zeitpunkte der ersten Anbringung begründet gelten (Hfd. v. 13. Feber 1795 Nr. 217).[3])

II. Der vom Richter bei der Klageerledigung übersehene Mangel kann von dem Beklagten mit Rekurs gerügt, er kann aber auch früher oder später sanirt werden. — Sanirt wird der Mangel: a) der Klage durch die Rechtskraft des Klagebescheides, sofern der Mangel nicht eine gründliche Entscheidung ausschließt (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489); b) der Legitimation durch Nachtrag des Ausweises und durch Ratihabition; c) der Kompetenz durch den Ausschluß der Inkompetenzrüge, doch nur innerhalb der durch §. 12, G. v. 18. April 1869 R. 44, modifizirten Grenzen des §. 48 J. N.; d) der Mangel klageweiser Verfolgbarkeit des Anspruches durch rechtskräftige Einleitung der Exekution: e) der Eignung des Richters zum Prozesse, und der Prozeßfähigkeit der Parteien durch den Wegfall der Anfechtbarkeit der Entscheidung.

III. Der Beklagte kann 1. die Streitverhandlung verschieben durch Berufung auf eine Strafverhandlung, im Syndikatsprozesse durch Berufung auf eine anhängige Disciplinarverhandlung, deren Erfolg für die Zivilsache von Bedeutung erscheint (Hfd. v. 6. März 1821 Nr. 1743[4]) — §. 14, G. v. 12. Juli 1872 R. 112) — nach der Praxis auch durch das Begehren aktorischer Kaution. Die Ablehnung des Richters oder des Gerichtes begründet

[3]) Der Besch. v. 24. Oktober 1851, J. B. 4, daß nur bei befristeten Klagen Reproduzirung vorzubehalten sei, erscheint nicht entsprechend begründet.

[4]) Eine Ausnahme gilt im Besitz B.

Digitized by Google

gesetzlich keine Prozeßverzögerung, §. 53 Gr. J. Der Beklagte kann 2. der Streitverhandlung opponiren a) mit den sogenannten gerichtsablehnenden Einreden der Inkompetenz, Litispendenz § 40 (33) und Prävention; b) mit der Einrede rechtskräftiger Feststellung des Klageanspruches (Klagrückerlag), sofern sie der Beklagte liquid zu stellen vermag (Hfd. v. 15. Jänner 1787 N. 621 fordert Vorweisung des im Mittel liegenden Urtheils).

Die Vertheidigung, welche Befreiung von der Streiteinlassung bezielt, hat der Beklagte unverzüglich geltend zu machen, widrigens sie verloren geht. Es gilt das schlechthin für den Anspruch des Beklagten auf Bestellung aktorischer Kaution, und für die gerichtsablehnenden Einreden; — die Anzeige einer präjudiziellen Straf-, bez. Disciplinarverhandlung kann auch im Verlaufe des Rechtsstreites wann immer erstattet, — die Einrede rechtskräftiger Feststellung des Klageanspruches kann mit der Verhandlung der Streitsache verbunden werden.

Die eine Befreiung von der Streiteinlassung bezielende Vertheidigung sollte an sich Gegenstand einer Vorverhandlung und Vorentscheidung, das Vorbringen also prozeßhindernd sein; in den summarischen Prozessen hat aber allerdings eine besondere Verhandlung über den Gerichtsstand und den Klagrückerlag nicht statt.

IV. Es geht nicht an, die bei der Einleitung des Rechtsstreites von Amtswegen oder über Remonstration des Beklagten festzustellenden Umstände als Prozeßvoraussetzungen, als Umstände, deren Vorhandensein nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, oder nach positiven gesetzlichen Vorschriften, oder nach der Natur der Sache für die Entstehung des Prozeßverhältnisses bedingend ist, als konstitutive Elemente des Prozeßverhältnisses zu bezeichnen,[5]) weil der Prozeß nicht, wie bei

[5]) Bülow: Die Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen 1868. Dazu die Anzeige von Planck in der krit. Viertelj. 11. 173. — Heyßler, in Grünhuts Z. 1. 114. — Wetzell, 136. — Bar, im

Digitized by Google

dieser Aufstellung angenommen wird, Ein Rechtsverhältniß, sondern eine Kette von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften ist, deren Zulässigkeit und Giltigkeit in gleicher Weise vom Richter zu prüfen, deren Unzulässigkeit in gleicher Weise vom Gegner zu rügen ist, wie die Zulässigkeit der Streitverhandlung über die Klage. Allerdings werden bei der Einleitung des Streitverfahrens Thatbestände festgestellt, welche für das ganze Streitverhältniß von maßgebender Bedeutung sind,[6]) und ist eine Nachprüfung dieser Umstände im weiteren Verlaufe des Streites nur ausnahmsweise zulässig, doch resultirt das nur aus der grundlegenden Bedeutung der Klage und der dispositiven Natur der bezüglichen Prozeßnormen. Der Art nach unterscheidet sich die Prüfung der Klage in nichts von der Prüfung anderer Parteianträge.

§. 66.

Die Rechtswirkungen der Prozeßbegründung.

I. Durch die Anbringung der Klage wird die Streitsache bei Gericht anhängig. Diese Anhängigkeit bewirkt die Zuständigkeit des Gerichtes für den ganzen Streit, wenn sie in diesem Zeitpunkte begründet erscheint, §§. 6, 13 J. N.; sie bewirkt die Einholung der Versäumung einer Frist für die (aufgeforderte und die Rechtfertigungs-) Klage, wenn der Gegner bis dahin die Präklusionshandlung noch nicht vorgenommen hat.

Archiv f. z. P. 52. 431. (Bolgiano, in der Zeit. f. d. Z. P. 1. 47. Petersen, ebenda 2. 161). Canstein: Lehrb. II. 13. Dagegen vor allen Menger: System 291; nun auch Schultze: Privatrecht und Prozeß, 48, 278. Weismann: Hauptintervention. 95 Note 9.

[6]) Weismann, a. a. O. 112 unterscheidet: Klagerfordernisse, Rechtsförmigkeit der Klage, Prozeßfähigkeit; — Prozeßvoraussetzungen, Gewalt des Gerichtes für die Sache, Unterworfenheit des Beklagten unter das Sachurtheil des Prozeßrichters; — und Prozeßeinreden, d. s. Umstände, auf Grund deren sich der Beklagte des Urtheils weigern kann, wiewohl die Prozeßvoraussetzungen gegeben sind, nämlich Einrede der Rechtshängigkeit, der mangelnden Kostenkaution (der mangelnden Kostenerstattung)-

Digitized by Google

Die Zustellung der Klage an den Beklagten begründet das Prozeßrechtsverhältniß; die Prozeßsubjekte sind an die Klage gebunden, die Streitparteien von einem neuen Rechtsbande, der Prozeßobligation, umschlungen. Dem Beklagten erwächst die Nöthigung, sich zu vertheidigen, wenn er nicht unvertheidigt verurtheilt werden will; es erwächst ihm der Anspruch auf Ersatz von Prozeßkosten, und nach der derzeitigen Praxis der Anspruch auf Sicherstellung derselben; er erlangt das Recht zur Widerklage, er erlangt ein Recht auf Urtheil über den Klageanspruch. Für den Kläger erwächst demnach aus der Zustellung der Klage an den Beklagten die Beharrungspflicht (quod actor in judicio permaneat usque ad terminum litis), aus welcher folgt: die Einrede der Litispendenz bei nochmaliger Klage, — die Einrede des Verzichtes bei Wiederholung der zurückgenommenen Klage, wenn diese Wiederholung nicht vom Beklagten zugestanden, oder vom Richter oder vom Gesetze vorbehalten wird, — und die Einrede der Unzulässigkeit der Klageänderung. Da der Kläger bei seiner Klage beharren muß, ist ihm auch nicht gestattet, den Klageanspruch durch Umstände zu begründen, welche nach der Klagezustellung eingetreten sind, wohl aber vorbehalten, solche Umstände geltend zu machen, wenn daraus die Kondemnation des Beklagten zulässig wird.[1]) Der Beklagte ist zur Vertheidigung zugelassen, gleichviel ob sie ihm vor oder nach der Prozeßbegründung erwachsen ist.

II. Das Prozeßrechtsverhältniß übt Rückwirkung auf das materielle Rechtsverhältniß.[2]) Der Kläger, welcher auf die Staatshilfe angewiesen ist, soll durch die Trägheit der menschlichen Justiz nicht Schaden leiden; es soll ihm das Urtheil gewähren, was ihm bei sofortiger Rechtshilfe zugekommen wäre. Die Wirkungen des Urtheils sind daher auf den Zeitpunkt der Prozeßbegründung zurückzubeziehen. Im Interesse des Klägers sind ge-

[1]) Z. B. in Folge der im Laufe des Prozesses eingetretenen Fälligkeit. Ent. v. 20. Feber 1884 Spruchp. 1, 285.

[2]) Krainz: System des allg. österr. Privatrechtes, Grundriß §. 159.

Digitized by Google

wisse rechtliche Folgen sogar schon an den früheren Zeitpunkt der Überreichung der Klage geknüpft.

Es bewirkt:[3])

1. die Anbringung der Klage: a) die Unterbrechung der Verjährung, §. 1497 b. G. B. (anders nach ar. 80 W. O.); b) die Unterbrechung der Ersitzung, §. 1497 b. G. B.; c) das Wiederaufleben des durch Zinsenrückstand in der Höhe der Kapitalsschuld erloschenen Zinsenanspruches, §. 1335 b. G. B.; d) die Vererblichkeit unvererblicher Ansprüche, §. 94, 1325 b. G. B.

2. die Zustellung der Klage an den Beklagten:

a) die Unterbrechung der Wechselverjährung ar. 80 W. O.;

b) eine gesteigerte Haftung des Beklagten. Es haftet der mit einer dinglichen Klage belangte redliche Besitzer für verschuldete Schädigung, für verschuldeten Abgang der Sache, und auch für den zufälligen Untergang, wenn er in muthwilliger Prozeßverzögerung wurzelt, ferner für den Zuwachs und die von da ab bezogenen und nach den Verhältnissen des Klägers beziehbaren Früchte, §§. 338, 378 b. G. B. — Es haftet der mit einer persönlichen Klage auf Herausgabe einer Sache Belangte für die von der Zustellung der Klage erzielten und erzielbaren Früchte, und jedenfalls für omnis culpa. — Es haftet der auf eine Geldsumme Belangte für Prozeßzinsen in der gesetzlichen Höhe,[4]) wenn nicht vertragsmäßig höhere Zinsen gebühren. Die Praxis geht weiter, sie berechnet dem Kläger im Anschluß an Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620 und §. 1334 b. G. B. sogenannte Verzugszinsen von der Anbringung der Klage;

---

[3]) Unger: System, 2. 527.

[4]) Vgl. das G. v. 15. Mai 1885 R. 77 betreffend die Abänderung der §§. 2 und 6 des G. v. 14. Juni 1868 R. 62: wenn Zinsen aus dem Gesetze gebühren, so gelten Fünf vom Hundert auf ein Jahr; die statutenmäßig begründeten Rechte der Kreditanstalten und Sparkassen, die Vorschriften des Handelsgesetzbuches und der Wechselordnung werden durch dieses Gesetz nicht berührt.

Digitized by Google

c) bei Bereicherungsklagen die Beurtheilung der Existenz und des Umfanges der Bereicherung nach der bei der Klagezustellung gegebenen Sachlage, z. B. 1424, 1437, 1447 b. G. B., ar. 83 W. O.:

d) den Verlust des Wahlrechtes und zw. bei Korrealobligationen einem anderen Mitgläubiger zu zahlen, bez. einen anderen Mitschuldner zu belangen, §. 891, 892 b. G. B., — bei Klagenkonkurrenz, dasselbe Objekt mit einer anderen zustehenden Klage zu verlangen, — bei alternativen Obligationen, einen anderen Gegenstand zu verlangen.

Folgen der Antwort des Beklagten auf die Klage nennen die §§. 376 und 377 b. G. B.; sie sind nicht Folgen der Streitbegründung, sondern es ist der im §. 376 ausgesprochene Besitzverlust Strafe der Lüge, die im §. 377 festgestellte Haftung Folge der Irreführung durch Nichtverneinung der Besitzfrage.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Der Inhalt.

I. Abschnitt.

Angriffs- und Vertheidigungshandlungen.

§. 67.

Die Klage.*)

I. Die Klage als Antrag auf urtheilsmäßige Feststellung eines bestimmten Anspruches gegen einen bestimmten Beklagten erfordert eine Begründung, nämlich die Anführung von Thatsachen (causa agendi remota), welche das Klagebegehren aus der allgemein verbindlichen Rechtsnorm (causa agendi proxima) rechtfertigen. Die Klage umfaßt daher begrifflich drei Bestandtheile: ein thatsächliches oder historisches Fundament (Faktum), ein rechtliches Fundament, und ein Begehren. Das Begehren muß aus der Subsumtion des Faktums unter den Rechtsgrund mit juristischer (logischer) Nothwendigkeit folgen.

II. Die Kenntniß der **Rechtsnorm**, und die Fertigkeit, die aus der Anwendung der Rechtsnorm auf ein konkretes Faktum resultirenden Rechtsfolgen festzustellen, wird bei dem Richter vorausgesetzt §. 430 (566—568); es bedarf daher in der Klage keiner Bezugnahme auf die entscheidende Rechtsnorm, und keiner Ausführung über die Subsumtion des Faktums unter dieselbe rechtliche Deduktion), auch nicht der technischen Bezeichnung der Klage. [1]) Kommt eine Rechtsnorm in Frage, von welcher der Richter

*) Unger: Syst. 2. 447 Note 2; — Wetzell, 149; — Prinz: Aktionenrecht 1870; — Planck: Das deut. Ger. V. 1879; — Maxen: Beweislast, 1861.

[1]) Von den Parteien beigebrachte Rechtsgutachten dürfen vom Richter in gar keine Rücksicht genommen, sondern müssen, als ob sie nicht bestänben, übergangen werden, Ref. v. 14. Juni 1784 Nr. 306.

Digitized by Google

keine offizielle Kenntniß hat, so muß sie die Partei anführen und feststellen (Hfd. v. 23. Okt. 1801 N. 542).[2])

III. Das **historische Fundament**, die Anführung der Thatsachen, welche den Entstehungsgrund des geltend gemachten Anspruches bilden, ist für alle, also auch für dingliche Klagen, gleichmäßig gefordert, §. 3.

Der Kläger hat nicht alle Existenzbedingungen des Anspruches, (Entstehung, Fortdauer und Rechtswirksamkeit desselben), sondern nur jene Thatsachen anzuführen, welche an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch in der Person des Klägers **entstanden**, und gegen den Beklagten gerichtlich verfolgbar erscheinen zu lassen.

Der Kläger hat anzuführen:

a) die Thatsachen, welche für die Entstehung des geltend gemachten Anspruches **causa efficiens** sind (§. 3: woraus er sich ein Recht erwachsen zu sein glaubt" — die spezifisch rechtserzeugenden Thatsachen). Die Ausführung der Entstehung des Rechtes genügt für die Behauptung und die Annahme des Bestandes desselben. Welche Thatsachen zur Begründung des Rechtes erforderlich sind, bestimmt sich nach der darüber entscheidenden Norm. Nach Lage der Verhältnisse sind rechtserzeugend Negativen, und Thatsachen, welche regelmäßig rechtshindernd oder rechtsaufhebend wirken. Insoweit für die Entstehung des geltend gemachten Rechtes andere Rechtsverhältnisse maßgebend sind (conditio **sine qua non**, z. B. für die Entstehung des Pfandrechtes, des Bürgschaftsverhältnisses der Bestand der Schuld, §. 3: „Umstände, welche zur Bewährung eines Rechtes dienlich sein können"), sind auch die dem bedingenden Rechtsverhältnisse zu Grunde liegenden Thatsachen anzuführen;

b) die Thatsachen, welche das Recht für den Kläger gegen den Beklagten entstanden darstellen (legitimatio ad

[2]) S. §. 75.

Digitized by Google

causam activa et passiva). Diese Rechtsbeziehung ergibt sich regelmäßig aus den für die Entstehung des Klagerechtes maßgebenden Thatsachen. Eine besondere Substantiirung erfordert α) die aktive Sachlegitimation, wenn der Kläger ein auf ihn übergangenes Recht geltend macht,[3]) oder wenn die Geltendmachung des Klageanspruches von Voraussetzungen (Eigenthum, Miteigenthum) abhängt; β) die passive Sachlegitimation in gleichen Fällen, also, wenn ein Recht gegen eine Person geltend gemacht wird, die nicht ursprünglich verpflichtet war, oder wenn die Geltendmachung des Rechtes gegen den Beklagten von Voraussetzungen (z. B. bei der confessoria actio von dem Besitz des praedium serviens) abhängt. — Den Ausweis besonderer Voraussetzungen erfordert insbesondere die Klage auf Zurückforderung einer Schenkung wegen Verletzung des Pflichttheiles, oder wegen Verletzung des Befriedigungsanspruches eines Gläubigers, §. 951—953 b. G. B., und die Klage, mit welcher vom Gläubiger Rechtshandlungen seines Schuldners nach Zulaß des G. v. 16. März 1884 R. 36 angefochten werden;

c) die Thatsachen, zu Folge welcher der Klageanspruch derzeit gerechtlich verfolgbar erscheint. Nicht nothwendig ist, daß der Beklagte Veranlassung zur Klage gegeben habe, wenn auch der Mangel solcher Veranlassung den Beklagten im Falle der Submission von dem Ersatze der Klagekosten entbindet; nicht schlechthin nothwendig erscheint eine rechtliche Kränkung des Klägers (§. 19 b. G. B.), oder die sog. Nativität der Klage, d. i. jene Beschaffenheit des klagbaren Rechtes, zu Folge welcher es derzeit bereits klageweise verfolgbar erscheint,[4]) denn das Gesetz läßt selbst Klagen zu, wo eine solche Kränkung, die Nativität in dem bezeichneten Sinne, nicht vorliegt (§§. 1366, 1499 b. G. B. — 176 f. [248 f.] G. O.) und drängt so zu der Annahme, es sei

[3]) Beachte insbesondere ar. 56, 59, 97 und 368 H. G. B.
[4]) Unger: System 2. 375.

Digitized by Google

Rechtshilfe zu gewähren, sobald es die Lebensbedürfnisse fordern, also sobald ein vermögensrechtliches oder prozessualisches Interesse an der derzeitigen gerichtlichen Entscheidung besteht.[5])

Die Klagebegründung kann eine einfache oder mehrfache sein. Bei dinglichen Klagen ist eine Konkurrenz der Entstehungsgründe denkbar, und dem Kläger, der immer **causa expressa** klagen muß, vorbehalten, alle Erwerbsgründe, oder einzelne derselben geltend zu machen. Bei persönlichen Klagen erzeugt jeder Verpflichtungsgrund eine Obligation für sich, doch ist nicht ausgeschlossen, daß aus verschiedenen Obligationen nur ein Vermögenswerth geschuldet wird (z. B. **legatum debiti**), in welchem Falle die Klagen auf dasselbe Objekt kumulirt werden können. Im Falle mehrfacher Klagebegründung liegt materiell (nicht prozessualisch, im Sinne des §. 4) Klagenhäufung vor.

IV. Das Klagebegehren bestimmt sich nach dem Rechtsverhältnisse und dem Ziele der Klage. Man unterscheidet nach dem Klagebegehren Feststellungsklagen und Leistungsklagen.[6]) Die Feststellungsklage bezielt die urtheilsmäßige Anerkennung des in der Klage geltend gemachten Anspruches, die Leistungsklage

[5]) Ent. v. 3. April 1873 Sp. R. 46 und vom 23. Jänner 1884 Spruchp. 1, 284. — Schultze: Privatrecht und Prozeß 1883 S. 149. — Kroll: Klage und Einrede 1884 S. 28, 232. — Rocholl: Feststellungsklage, Zeitsch. f. d. Z. P. 8, S. 349: „Das Recht gewährt auch Schutz gegen die erst drohende Gefahr einer realen Rechtsverletzung bei absoluten, gegen die Gefahr eines erst in Zukunft drohenden Leistungsstreites bei relativen Rechtsverhältnissen in der Feststellungsklage. Die Einlassungspflicht auf diese ist durch die in der Person des Beklagten hervortretende künftige Gefahr (?) begründet", S. 371. Bei Feststellungsklagen ist ein Zweifaches zu bestimmen: 1. besteht ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung? 2. besteht das Rechtsverhältniß?

[6]) Die Konfliktsklagen (Vorrechtsklagen, Liquidirungsklagen) fallen in die Kategorie der Feststellungsklagen, Böldendorff: Konkursordnung, zu §. 134. (Weismann: Feststellungsklage, Abh. II, S. 143, hält sie für Leistungsklagen.)

Digitized by Google

Kondemnation zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung. Die Feststellungsklage wird durch die Bejahung oder Verneinung des Klagebegehrens erledigt, begründet also, abgesehen von einer etwaigen Eintragung in die Grundbücher, keine Exekution; die Leistungsklage bezielt eine Auflage, bei deren Nichterfüllung Zwang statt hat. An sich geht jede Klage, u. zw. auch die Leistungsklage auf urtheilsmäßige Feststellung eines bestimmten Anspruches, weil Kondemnation nur aus der Anerkennung des Anspruches folgt. Objekt der Feststellung kann sein die Existenz oder Nichtexistenz eines Rechtes, eines Rechtsverhältnisses, einer rechtserheblichen Thatsache, insbesondere auf die Echtheit, Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer Urkunde (§. 4 Not. O.), der Bestand einer präsenten oder einer künftigen Leistungspflicht. Der Kläger muß sich auf die Bitte um urtheilsmäßige Feststellung seines Anspruches beschränken (Anerkennungs- oder Feststellungsklage im engeren Sinne), wenn aus der Anerkennung seines Anspruches eine sofortige Leistungspflicht des Beklagten nicht folgt. Ergibt sich aus der Anerkennung des klägerischen Anspruches eine sofortige Leistungspflicht des Beklagten, so kann der Kläger Anerkennung und Kondemnation begehren, er kann sich aber auch mit der Bitte um Feststellung seines Anspruches begnügen, wobei ihm die Erwirkung der Kondemnation von selbst vorbehalten bleibt. Nur ausnahmsweise verpflichtet das Gesetz zur Vereinigung des Begehrens um Feststellung und Kondemnation; es muß im Syndikatsprozeß in Betreff des angesprochenen Ersatzes ein bestimmtes Begehren gestellt (§. 10, G. v. 12. Juli 1872 R. 112), es muß in der Klage, mit welcher von einem Gläubiger (außerhalb des Konkurses) Rechtshandlungen des zahlungsunfähigen Schuldners angefochten werden, mit dem Begehren, daß die Rechtshandlungen dem Gläubiger gegenüber unwirksam erklärt werden, das Begehren um entsprechende Leistung oder Duldung verbunden werden (§. 35, G. v. 16. März 1884 R. 36).

Digitized by Google

Der Sache nach sind regelmäßig Statusklagen und Nichtigkeitsklagen nur auf Feststellung — vermögensrechtliche Klagen in rem auf Feststellung und Kondemnation — persönliche Klagen aber lediglich auf Kondemnation gerichtet, weil das Recht des Klägers durch die Kondemnation des Beklagten erschöpft wird.[7])

Die Kondemnation beschränkt sich auf präsente Leistungen; künftige Leistungen kann der Kläger nicht beanspruchen, daher auch der Richter nur feststellen, nicht aber auftragen. Zugelassen wird Kondemnation auf künftige Leistung bei Klagen auf Alimentation; sie ist gesetzlich zugelassen bei Klagen auf Räumung und Übergabe des Bestandobjektes (§§. 5, 11, 19 Best. V.), und auch zuzulassen bei allen Kündigungsklagen.

Wird Kondemnation verlangt, so ist die Leistung in der Klage bestimmt zu bezeichnen (Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306), auch wenn der Umfang des Anspruches vom Richter nach freiem Ermessen zu bestimmen ist (ar. 27 H. G. B., §. 63 Bag. V.). Das Begehren muß die Haupt- und die Nebensache (Nebengebühr causa rei), d. i. die Akzessionen des Klagegegenstandes (Früchte, Zugehör), und des Klagerechtes (Zinsen, Ersatz) bestimmt bezeichnen. Selbst die Akzessionen der Klage, die Prozeßkosten, dürfen nur über Begehren zuerkannt werden, nur entscheidet für den Zuspruch nicht die darauf abzielende Bitte in der Klage, sondern die rechtzeitige Kostenliquidation [§. 403 (536) und Hfd. v. 30. Sept. 1785 Nr. 473].

V. Die Klage inkludirt auch ein Prozeßbegehren, den Antrag auf Einleitung des rechtlichen Verfahrens; sie ist also auch in dieser Richtung entsprechend zu begründen. Zu dieser Begründung genügt die einfache Behauptung des maßgebenden Thatbestandes, sofern derselbe erst über Einsprache des Gegners zu untersuchen ist (S. §§. 52 und 65).

---

[7]) Unger: System, 2, 366.

Digitized by Google

VI. Das Sachbegehren steht zu dem Faktum im richtigen Verhältniß, wenn aus der Subsumtion des Faktums unter die maßgebende Rechtsnorm das Begehren in allen Punkten, und nicht mehr folgt. Gestört ist dieses Verhältniß (die Schlüssigkeit):

a) wenn zu wenig begehrt ist. Dem Kläger bleibt vorbehalten, den derzeit nicht geltend gemachten Anspruch später zur Aburtheilung zu bringen; auf die überflüssige Mehrung der Prozeßkosten ist im späteren Prozesse Bedacht zu nehmen, §. 24 Pr. N. Die Kosten eines bestimmten Rechtsstreites können nach Abschluß desselben nicht mehr beansprucht werden;

b) wenn zu viel begehrt ist: re (ein größeres Objekt, eine größere Summe), tempore (vor der Fälligkeit), loco (Leistung an einem Orte, an welchem der Beklagte zu leisten nicht schuldig ist), causa (anstatt des genus eine species, mit Ausschluß des dem Schuldner zustehenden Wahlrechtes). Das Zuvielbegehren hat nicht Verlust des Rechtes,[8]) sondern bei Zufrühfordern derzeitige Abweisung des Klägers, sofern nicht der Anspruch im Zuge des Streites fällig wird, in anderen Fällen Entscheidung gemäß dem Rechte des Klägers unter Zurückweisung des unberechtigten Anspruches zur Folge; immer aber ist Zuvielfordern von Einfluß auf die Prozeßkosten, §. 25 Pr. N.

§. 68.

Einreden, Repliken, Dupliken.*)

I. Vertheidigungsmittel des Beklagten gegen die Klage sind die Einreden. Es sind Einreden Thatumstände, welche

---

[8]) So nach röm. Rechte Puchta: Institutionen (4. Aufl.) II. §. 167, Keller: Der röm. Zivilprozeß (2. Aufl.) §. 44; dazu nun Schultze: Privatrecht und Prozeß 233, 451.

*) Literatur bei Unger: System II. 571 Note 1. Dazu Maxen: Beweislast, Einreden, Exzeptionen 1861; Eisele: Die mater. Grundlagen der Exzeptionen 1871; Birkmeyer: Die Exzeptio 1874; Lenel: Ursprung der Exzeptionen 1876; Schultze: Privatrecht und Prozeß 330; — Kroll:

Digitized by Google

mit der Wahrheit der Klageausführungen vereinbar, aber geeignet sind, die Abweisung des Klageantrages zu begründen. Sie bilden einen Gegensatz zu der Negation des historischen Fundamentes der Klage (Widerspruch), und des rechtlichen Fundamentes derselben (Rechtsdeduktion), doch wird häufig auch eine solche Negation Einrede, **exceptio** (z. B. **exceptio rei non sic sed aliter gestae, exceptio incompetentis judicis, inepti libelli**) genannt.

II. Die Einreden sind zu theilen:

1. in Prozeß- und Sacheinreden; jene sind dem Prozeßrechte, diese dem Privatrechte entnommen. Die Prozeßeinreden betreffen das Prozeßverhältniß, den Anspruch auf Prozeß, sie beziehen den Ausschluß der Entscheidung über die Streitsache, eine **absolutio** des Beklagten **ab instantia**. Die Sacheinreden beziehen sich auf den geltend gemachten Privatrechtsanspruch; sie stellen dar, daß dieser Anspruch schlechthin, oder in dem geltend gemachten Umfange, oder daß er wenigstens für jetzt, oder in der geltend gemachten Art unbegründet erscheine.

Die Sacheinreden theilt man[1]) in **defensiones** und **exceptiones**.

Als **defensiones** bezeichnet man Thatsachen, zu Folge welcher der Klageanspruch nicht entstanden oder aufgehoben, also nicht existent, nichtig erscheint; man bezeichnet sie als **ipso jure** wirkende Vertheidigungsgründe, weil sie keinen Zusatz in der **formula** veranlaßten. Man begreift darunter:

a) die rechtshindernden Thatsachen, u. zw.: α) den Abgang der allgemeinen (normal existent gedachten) Voraussetzungen der Rechtsentstehung, also den Abgang der Rechts-, der Dispositions-, der Erwerbsfähigkeit, der Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung u. dgl.; β) den Bestand solcher That-

Klage und Einrede (254); — Krainz: System des österr. allg. Privatrechtes. Grundriß, §. 157.

[1]) Im Anschluß an das röm. Recht, Unger, a. a. O. 479. Vergl. aber Schultze a. a. O. 340.

Digitized by Google

sachen, an welche das Recht eine Ausnahme von der Regel der Rechtsentstehung knüpft, so eine Ausnahme von der Regel der §§. 922, 934, 1398 b. G. B.; γ) sofern die Klage sich auf eine gesetzliche Vermuthung stützt, Umstände, welche mit der Vermuthung unvereinbar sind; δ) Umstände, welche ausnahmsweise die Berechtigung des Klägers, oder die Verpflichtung des Beklagten ausschließen;

b) die rechtsvernichtenden Thatsachen, das sind Thatsachen, welche nach dem Gesetze den Untergang des entstandenen Klagerechtes unmittelbar bewirken (Untergang der geforderten Spezies, Zahlung, Novation u. dgl.).

Als exceptiones bezeichnet man Thatsachen, welche das Klagerecht nicht in seiner Existenz angreifen, sondern nur unwirksam (anfechtbar) erscheinen lassen,[2]) und Thatsachen, welche ope exceptionis das Klagerecht vernichten.[3])

Diese Eintheilung, deren historische Berechtigung bestritten ist, erscheint für den Prozeß unerheblich, weil der Beklagte aller Art Einreden anzuführen und zu beweisen hat. — Von Bedeutung ist die Theilung der Einreden;

2. in peremtorische und dilatorische. Peremtorisch sind jene, welche die Nichtexistenz des Anspruches darthun, dilatorisch jene, welche nicht dem Anspruche selbst, oder welche dem Anspruche nicht für immer entgegenstehen, also durch Klage anderer Art, oder durch spätere Klage vermieden werden können (quae ad tempus nocent, evitari possunt). Die Prozeßeinreden sind schlechthin dilatorisch, die Sacheinreden bald dilatorisch, bald peremtorisch. Dilatorische Einreden begründen eine Abweisung der Klage auf Zeit (in angebrachter Art, für jetzt). Weitere übliche Eintheilungen der Einreden sind:

---

[2]) Umstände, welche in einem Zusatz zur formula zum Ausdruck gelangten, Keller, Prozeß §. 36.

[3]) Unger, a. a. O. 490, bedingt ipso jure wirkende Thatsachen.

Digitized by Google

3. die in exceptiones juris und facti. Die ältere Doktrin[1]) verstand unter jenen die Einreden, quae ope exceptionis, unter diesen die Einreden, quae ipso jure rem perimunt. Nach §. 7 (6) erscheinen als exceptiones juris jene, welche der Anführung eines Faktums nicht bedürfen, die sich also auf einen Mangel der Klage beziehen, auf welchen der Richter nur über Antrag des Beklagten Bedacht nehmen darf, z. B. 1501 b. G. B.;

4. in allgemeine und spezielle;

5. in liquide und illiquide;

6. in privilegirte und nicht privilegirte, je nachdem sie in Betreff der Zeit des Vorbringens eine Ausnahme bilden, oder der Regel folgen.

III. Die Einreden sind von der Partei geltend zu machen, nicht vom Richter zu suppliren; doch hat dieser jene Einreden, welche sich aus der Klage ergeben, zu berücksichtigen, soweit nicht dem Beklagten daraus Rechte abzuleiten vorbehalten ist. Die Einreden können gehäuft werden, auch wenn sie mit einander im Widerspruche stehen, sie können mit der Bestreitung des Klagegrundes verbunden werden, allerdings nur hypothetisch. Die Einreden sind Thatsachen, welche sich auf die Klage beziehen, daher das Vorbringen derselben keine Legitimation erfordert; eine solche, der Klagelegitimation entsprechende aktive und passive Legitimation wird nothwendig, wenn ein auch ohne Beziehung auf die Klage bestehendes Recht (z. B. eine Gegenforderung) zur Vertheidigung gebraucht wird. Die Einreden begründen für den Beklagten die Beweislast.

IV. Bei dem Vorbringen von Sacheinreden beschränkt sich der Beklagte, wie der Kläger bei der Begründung des Klageanspruches, auf die Anführung jener Thatsachen, welche den Effekt der Sacheinreden (Nichtexistenz oder Unwirksamkeit des Klageanspruches) erzeugen, ohne auf Umstände Bezug zu nehmen,

[1]) Vgl. Albrecht: Exzeptionen 1835. Menger: System §. 27 Note 9.

Digitized by Google

welche diesen Effekt bedingen. Der Kläger kann nun diese Einreden zugestehen, und dennoch den Klageanspruch aufrecht erhalten, indem er ihnen Repliken entgegensetzt, d. s. Thatsachen, welche den Effekt der Einreden entkräften, also die Einreden als nicht entstanden oder unwirksam darstellen.[5]) Für die Repliken fällt dem Kläger die Beweislast zu.

Die Duplik verhält sich zur Replik, wie diese zur Einrede. Der Duplik kann eine Triplik, dieser eine Quadruplik entgegengestellt werden, doch bestehen schon wirkliche Dupliken nur höchst ausnahmsweise.

§. 69.

Die Responsionen.

I. Die von einer Partei vorgebrachten Umstände hat die Gegenpartei in der nächstfolgenden Rede einzeln, ausdrücklich und ohne Zweideutigkeit zu beantworten; sie hat das Faktum allenfalls auch zu ergänzen und zu berichtigen, §§. 5, 6, 9, 10 und 11 (responsio). Eine Verpflichtung zur Wahrhaftigkeit besteht nicht; doch ist muthwilliges Bestreiten der Behauptungen des Gegners zu strafen, §. 409 (540), und zieht das Leugnen des Besitzes die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache nach sich, §. 376 b. G. B.

Die Antwort kann sein:

1. eine bejahende — also ein Geständniß der Thatsachen, durch welches der Beweis, nicht aber das Urtheil entbehrlich wird;[1])

2. eine verneinende, Widerspruch, welche die Behauptung streitig, daher beweisbedürftig macht. Der Widerspruch ist:

---

[5]) Ist aus den Einredethatsachen ein selbstständiges Recht erwachsen, so kann dieses Recht allerdings auch als erloschen dargestellt werden z. B. die Gegenforderung durch Zahlung, allein dann war die Einrede nicht existent, sondern schon vor dem Konflikt erloschen.

[1]) Über die rechtliche Natur dieses gerichtlichen Thatsachengeständnisses vergl. §. 76.

Digitized by Google

a) ein einfacher, wenn die Thatsache schlechtweg bestritten wird. Dieser einfache Widerspruch ist vollständig, wenn er sich auf das Faktum im Ganzen, oder auf einzelne der mehren selbstständigen Thatsachen bezieht; er ist unvollständig, wenn nur einzelne Momente des vom Gegner angeführten Faktums bestritten werden. Ist eines der mehren Momente derselben juristischen Thatsache widersprochen (z. B. beim Kauf einzelne der den Vertrag begründenden Zusagen), so ist die ganze Thatsache streitig. Bezieht sich der Widerspruch auf die individuelle Bezeichnung des Faktums, also auf die Zeit, den Ort der Ereignung, die Art derselben, die davon betroffenen Personen, so erscheint die ganze Thatsache streitig, wenn das in Abrede gestellte Moment für die Begründung des Anspruches entscheidend ist; kann aber der Anspruch trotz den widersprochenen Momenten bestehen, so gilt die Antwort als Nichtbestreiten;

b) ein motivirter, wenn ausgeführt wird, daß sich die Sache nicht so, wie dargestellt, sondern anders verhalte. Die Antwort ist Widerspruch und Geständniß zugleich, ein Geständniß mit einer zusätzlichen oder einschränkenden Behauptung (confessio mit qualitas adjecta, qualifizirtes Geständniß).[2]) Es gehört hierher der Fall, α) wo des Gegners Behauptung im vollen Umfange zugegeben wird, doch mit einem Zusatz, einer Ergänzung, β) wo die gegnerische Behauptung mit einer Einschränkung, also einer Berichtigung zugegeben wird. Man nennt eine solche Ergänzung und Berichtigung exceptio rei non sic sed aliter gestae.

Der motivirte Widerspruch hat nicht immer einen gleichen rechtlichen Charakter. Der rechtlich relevante Zusatz zu der im vollen Umfange zugegebenen Behauptung betrifft entweder den Fortbestand oder die Geltendmachung des Rechtes,

---

[2]) Lit. bei Wetzell 174. Dazu Römer im Archiv f. z. P. 62, 149, auch Haimerl, in Wagners Zeitschr. 1839. 1, 15.

Digitized by Google

und hat dann die Natur einer Einrede (so die Resolutivbedingung, der dies ad quem), — oder er betrifft die Entstehung des gegnerischen Anspruches und ist dann Widerspruch (so Suspensivbedingung, Verabredung schriftlichen Vertrages). — Die rechtliche relevante Berichtigung ist Widerspruch, denn führt die Partei aus, daß sich der zur Begründung einer Rechtsfolge angeführte Thatbestand nicht so, wie vom Gegner dargestellt, sondern in erheblichen Punkten anders verhalte, so hat sie eben das für die Begründung dieser Rechtsfolge angeführte Faktum geleugnet; sie hätte sich darauf beschränken können, die Thatsachen, wie sie angeführt wurden, zu bestreiten, und erleichtert sich mit der Berichtigung nur den Gegenbeweis. Allerdings hat die neben der Bestreitung liegende Einräumung insofern Bedeutung, als die eingeräumten Umstände der Feststellung nicht bedürfen. Bei einseitigen Geschäften bewirkt das Geständniß des Empfanges eines Theiles allerdings nicht die Befreiung von dem Beweise des behaupteten größeren Betrages, aber doch im Falle des Mißlingens dieses Beweises die Wahrnahme des gestandenen Theiles.

II. Nichtantworten ist nicht Pflicht- — sondern Rechtsversäumniß,[3]) das Faktum ist nicht bestritten, daher bei Erledigung des Prozesses für wahr zu halten; das gilt auch, wenn nur einzelne Umstände des Faktums nicht bestritten sind. Das Gesetz fordert, daß die einzelnen Umstände ausdrücklich, insbesondere, und unzweideutig widersprochen werden, §. 11; daher macht eine Antwort mit Nichtwissen, eine allgemeine Verneinungsklausel, die Thatsachen nicht streitig. Von dem ausdrücklichen detailirten Widerspruch ist abgesehen im Bag. V. (§. 33); der Richter ist dort angewiesen, aus der Gesammtheit der Verhandlung zu entnehmen, ob Thatsachen gestanden oder bestritten werden wollten.

---

[3]) Anders Demelius: Confessio 1880, S. 81: Schweigen ist confessio.

Digitized by Google

Zu beantworten sind nur faktische Umstände; das rechtliche Fundament der Angriffs- und Vertheidigungshandlung bedarf keiner Beantwortung, soweit die offizielle Rechtskenntniß des Richters reicht. Rechtliche Deduktion, d. i. die Ausführung, daß der Antrag des Gegners rechtlich nicht begründet sei, ist nicht verlangt, aber vorbehalten, und auch noch im Rechtsmittelverfahren zulässig.

II. Abschnitt.

Beweishandlungen.

§. 70.

Grundlagen des Beweisrechtes.*)

Der Richter hat festzustellen, welche Rechtsfolgen sich aus der Subsumtion eines konkreten Thatbestandes unter die allgemein verbindliche Rechtsnorm ergeben.

Die für die Beurtheilung von Thatbeständen erforderliche Rechtskenntniß wird im Allgemeinen bei dem Richter vorausgesetzt, ebenso die Fähigkeit und Erfahrenheit für die Subsumtion des Sachverhaltes unter die Rechtsnorm. Der Richter bestimmt, unabhängig von Vorentscheidungen (§. 12 b. G. B.), und von allenfalls beigebrachten Rechtsgutachten (Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306), welche Rechtsnorm für den konkreten Fall maßgebend ist, und welche Rechtsfolgen der Thatbestand, an dieser Norm gemessen, ergibt.

---

*) Langenbeck: Beweisführung 1858—1861. — Endemann: Beweislehre 1860. — Groß: Die Beweistheorie des kan. P. 1877, 1880. — Bähr: Der Urkundenbeweis, in den Jahrb. f. Dogmatik N. f. 2. — Heusler: Die Grundlagen des Beweisrechtes, im Arch. f. z. P. 62, 209. — Wendt: Beweis und Beweismittel, im Arch. f. z. P. 68, 254. — Canstein: Grundlagen des Beweisrechtes, in der Zeitsch. f. d. Z. P. 2, 297. — Wach: Vorträge 1879. — Schrutka-Heyßler in Grünhuts Z. 12, 16.

Digitized by Google

Was aber das Faktum betrifft, worunter Geschehenes und Gewordenes, noch Existentes und existent Gewesenes, auch der Nichteintritt bestimmter Ereignisse begriffen ist, „hat der Richter bloß nach den vorgebrachten Akten zu sprechen, ohne jenes einzumengen, was ihm etwa aus Privatnotizen bekannt ist“ (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). Die Parteien haben also das Faktum darzustellen, und die Beweismittel an brieflichen Urkunden, selbst wenn diese aus vorhin behandelten (oder noch anhängigen) Prozessen hergeholt werden (Hfd. v. 6. Oktober 1783 Nr. 197), oder als gemeinschaftliche Urkunden in den Händen des Gegentheils wären (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621), an Eiden, Zeugenschaften und sonstigen Beweisarten sogleich anzuführen, §. 12. Der Richter ist nicht befugt, den Thatbestand durch eigene Thätigkeit zu ergänzen, von Amtswegen das zum Thatbestand Gehörige und noch gegenwärtig Wahrnehmbare zu ermitteln, seine Privatkenntniß von der Sachlage einzumengen, aus den Gerichtsakten Umstände, welche zur Klarstellung des Falles führen, zu erheben. Die Ausführung und Feststellung des Faktums ist Parteisache. Auf bestimmte Umstände hat aber der Richter von Amtswegen Bedacht zu nehmen; diese Umstände unterstehen auch nicht dem Parteibeweise. Der Richter darf ein unzulässiges und ungiltiges Verfahren nicht einleiten; er hat die Klage von Amtswegen abzuweisen, wenn die Sache sich zum Prozeßverfahren nicht eignet, wenn ihm die zur Begründung der Kompetenz gemachten Angaben als unrichtig genau bekannt sind (§§. 1, 2 J. N.), wenn die Klage von oder gegen einen Prozeßunfähigen erhoben ist, §. 64 (57), wenn der Vertreter sich nicht legitimirt: er hat in gleicher Weise bei jedem folgenden Prozeßakt jene Voraussetzungen festzustellen, deren Prüfung ihm auferlegt ist (Ladung, Legitimation, Prozeßförmlichkeit, ev. Rechtzeitigkeit).

Thatsachen, welche die Streitsache betreffen, gelten, willkürliche Rechte vorausgesetzt, bei gerichtlichen Geständniß §. 107 (173), und bei Nichtbestreiten, §§. 11, 36, 46, 52 (11, 32, 38, 43) als

Digitized by Google

festgestellt. Der Richter ist nicht befugt, sich in eine Prüfung der Wahrheit, oder auch nur der Möglichkeit der Umstände einzulassen.[1])

Bestrittene Umstände sind außer dem Falle der Gerichtskundigkeit[2]) formell zweifelhaft, und von den Parteien zu verifiziren. Die G. O. nennt jede Art der Verifizirung von Thatsachen, selbst das gerichtliche Geständniß, Beweis. Sie gibt Bestimmungen über den Beweis durch Eingeständniß, durch briefliche Urkunden, durch Zeugen, durch Kunstverständige und Augenschein, durch den Haupt-, Schätzungs- nnd Erfüllungseid. Diese Aufzählung erscheint richtig, wenn lediglich das Fürwahrhalten als entscheidend betrachtet wird. Das Fürwahrhalten ist nun aber wohl Ziel des Beweises, aber nicht immer Folge eines Beweises. Wie gerichtliches Geständniß vor dem Beweise, so steht der Haupt- und Würderungseid neben dem Beweise. Diese Eide stehen zur Begründung der Überzeugung des Richters außer Beziehung. Der Haupteid ist von der Glaubwürdigkeit der Parteien unabhängig; er unterliegt keiner Beweiswürdigung, keinem Gegenbeweise, er ist finis controversiae. Gleich steht es mit dem Würderungseid; die Partei hat ein Recht auf den Eid über den Schaden, ihre eidliche Betheuerung entscheidet den Streit.

Beweis ist die Begründung der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit einer streitigen Behauptung.[3])

---

[1]) Wendt, a. a. O. 296. — Canstein, in der Zeitschr. f. d. Z. P. 2 301: „Absolut Unmögliches ist nicht Gegenstand des Beweises," steht damit nicht im Widerspruch. — Klein: Schuldhafte Parteihandlung, S. 215: „Das Geständniß oder das Nichtwidersprechen zieht der richterlichen Wahrheitsprüfung eine unübersteigliche Grenze".

[2]) Schrutka-H. a. a. O. S. 19 scheidet die Thatsachen der allgemeinen menschlichen Bildung aus dem Begriffe der Notorietät aus, und betrachtet sie als an sich festgestellt.

[3]) Definitionen bringt Haimerl, im Magazin 7. 13; Fitting, Haupt- und Gegenbeweis 1853 §. 3. Vergl. auch Glaser, Handbuch des Strafprozesses, 1883 S. 345: Beweis ist der Inbegriff der Gründe für die

Digitized by Google

Überzeugung ist ein hervorragender Grad der Wahrscheinlichkeit. Gewißheit, welche die Wahrheit des Gegentheils ausschließt, ist für die Entscheidung nicht erforderlich, und auch durch eigene Wahrnehmung des Richters nicht zu erreichen, weil auch dabei eine Täuschung, ein Fehler unterlaufen kann.[4])

Beweisführung ist die auf die Herstellung der richterlichen Überzeugung gerichtete Thätigkeit der Prozeßsubjekte. Sie nimmt nach der G. O. immer von den Parteien den Ausgang, §§. 1, 12, 104 (1, 12, 170).

Beweissatz ist jene Behauptung, von deren Wahrheit der Richter überzeugt werden soll. Der Beweissatz steht zur Entscheidung der Streitsache in naher, oder in entfernter Beziehung; in entfernter Beziehung dann, wenn der Bestand oder die, die Beweiskraft bestimmenden Momente eines Beweismittels verifizirt werden; in naher Beziehung, wenn Gegenstand des Beweises ist, die für das streitige Rechtsverhältniß (Existenz oder Nichtexistenz des Rechtanspruches) entscheidende Thatsache,[5]) oder eine solche Thatsache, von welcher auf die Wahrheit der für die Entscheidung erheblichen Thatsache geschlossen werden kann.

Ist das Objekt des Beweises zugleich Ziel der Beweisführung, so ist der Beweis ein unmittelbarer (natürlicher); ist Objekt des Beweises eine bestimmte Thatsache, Ziel der Beweisführung

---

Wahrheit einer im Verfahren festzustellenden Thatsache". — Schrutka-H. a. a. O. S. 16: Beweis sind die Prozeßvorgänge auf Erbringung der prozessualischen Gewißheit von außerdem ungewissen Elementen der richterlichen Subsumtionsthätigkeit.

[4]) Heusler, a. a. O. 252 und Canstein a. a. O. 322 (und Lehrbuch II. 250) stellen den gerichtlichen Augenschein dem Beweis gegenüber, ersterer, weil er bei dem Beweis das Geben und Nehmen entscheidend erachtet, letzterer, weil Augenschein Gewißheit, Beweis Überzeugung schaffe (beachte dagegen Lehrb. II. 283).

[5]) Heusler a. a. O. 226 „der Rechtsakt" (im Gegensatz von Geständniß und Indiz); Canstein, Lehrb. II. 274: der entscheidende Beweissatz im Gegensatz von Hilfsbeweissatz.

Digitized by Google

aber nicht das Fürwahrhalten dieser, sondern einer daraus zu folgernden Thatsache, so ist der Beweis ein mittelbarer (künstlicher, Beweis durch Schlußfolgerung). Der Beweis durch Schlußfolgerung ist Indizienbeweis, denn die bewiesene Thatsache muß die Wahrheit der beweisbedürftigen Thatsache indiziren. Man theilt aber den Beweis durch Schlußfolgerung in den indirekten Beweis, und den Indizienbeweis im engeren Sinne,[6]) je nachdem der Schluß von der bewiesenen auf die beweisbedürftige Thatsache zu Folge menschlicher oder gesetzlicher Schlußfolgerung zwingend ist oder nicht. Auch bei zwingender Schlußfolgerung ist nur Überzeugnng beschafft, weil der Schluß von Thatsachen auf Thatsachen niemals Gewißheit bietet.

Beweismittel ist alles, was geeignet erscheint, dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit einer prozessualischen Behauptung zu beschaffen (instrumentum, quo res instrui potest, — documentum, quod docet).[7]) Beweisgrund (argumentum) ist jenes Moment, welches es rechtfertigt, daß der Richter die streitige Behauptung für wahr halte.[8]) Jedes Beweismittel muß einen Beweisgrund in sich tragen, es wird Beweismittel, weil es dem Richter Gründe für die Wahrheit einer Thatsache bringt.[9])

---

[6]) Unger: System II. 578; Groß, a. a. O. I. 20, 54, II. 91.

[7]) Heusler, a. a. O. 249 unterscheidet Erkenntniß- und Beweismittel, je nachdem der Richter Aufklärung sucht, oder die Partei Aufklärung bringt. Ob nun aber der Beweis Sache des Richters oder der Parteien ist, hängt von der das Verfahren beherrschenden Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime ab, jedenfalls ist das Beweismittel auch Erkenntnißmittel.

[8]) Glaser: Strafprozeß 344. Beweismittel sind die Mittel, durch welche man über den Beweisgrund Gewißheit erlangt: Beweisgrund ist jene Thatsache, aus welcher die Wahrheit des Beweissatzes gefolgert wird. — Schrutka-H. S. 30: Beweismittel sind die Organe und Träger der Beweisgründe; Beweisgrund ist der Wahrscheinlichkeitsgrund für die Behauptung.

[9]) Beweismittel ist also nicht Beweisgrund, aber doch dasselbe Ding von der anderen Seite betrachtet; Wendt a. a. O. 255; Wetzell 187. — Anders Heusler a. a. O. 225 und Canstein in der Zeitschr. f. d. Z. P. 2. 333 Note 37.

Digitized by Google

Die Mittel, durch welche der Richter die erforderliche Überzeugung gewinnt, sind Sachen und Personen, u. zw. unbetheiligte Dritte oder die Parteien selbst, und das Indiz, von welchem aus gefolgert werden kann.[10]) Beweisgründe sind eigene Wahrnehmung, glaubwürdiger Bericht der Parteien oder dritter Personen, und bei dem Beweis durch Schlußfolgerung die Erfahrung über den Zusammenhang der Thatsachen.

Als Beweismittel erscheinen demnach die Augenscheinsobjekte, welche die streitige Thatsache, oder ein dafür erhebliches Indiz wahrnehmen lassen, — die Zeugen für die streitige Thatsache, für ein Indiz, oder für das Geständniß der Partei, — die außergerichtliche und die gerichtliche Aussage der Partei. Urkunden sind Erkenntnißquellen ohne selbstständige rechtliche Bedeutung, denn sie überliefern entweder die entscheidende Thatsache selbst, oder ein dafür relevantes Indiz, und sind dann Augenscheinsobjekt, oder sie überliefern eine Aussage der Partei (Geständniß), oder eine Aussage dritter Personen (Zeugniß). Sachverständige, welche über eine bereits gemachte Wahrnehmung (daher regelmäßig über ein factum praeteritum) auszusagen berufen werden, sind Zeugen, bei welchen allerdings besondere Erfahrung vorausgesetzt wird. Werden Sachverständige vom Richter berufen, ein factum praesens zu erheben und zu beurtheilen, so sind sie Gehilfen des Richters.[11]) Als solche judices facti betrachtet sie unzweifelhaft unsere G. O.; sie überläßt dem Richter, die Experten zu bestellen, bei Meinungsverschiedenheit das entscheidende Urtheil zu Stande zu bringen, §. 197 (296), und schließt jeden Gegenbeweis

[10]) Wach: Vorträge 153, Beweismittel sind alle den Thatbestand überliefernden Erkenntnißquellen, also Augenscheinsobjekte und (Partei oder Zeugen-) Aussage.

[11]) Wetzell 529; Wach a. a. O. 57. — Anders Renaud: Lehrbuch 314; Canstein: Lehrb. II. 399. Letzterer negirt in der Zeitschr. f. d. Z. P. 2. 329 praktische Konsequenzen aus der Auffassung der Sachverständigen als Zeugen und als Richtergehilfen, doch für die G. O. (§. 197) wohl mit Unrecht.

Digitized by Google

aus. Indizien sind für die Partei Beweismittel, für den Richter Beweisgrund.[12])

§. 71.

Natürliche und gesetzliche Beweistheorie.

Das Gesetz kann über die Zulässigkeit der Beweismittel und Bewerthung der Beweisgründe Regeln aufstellen, oder von solchen Regeln absehen und es der Wissenschaft und Praxis überlassen, solche Erfahrungssätze zu finden. Sind die in das Gesetz aufgenommenen Beweisregeln als bindend und allein entscheidend erklärt, so gilt gesetzliche Beweistheorie; hat das Gesetz Beweisregeln nicht aufgestellt, oder nicht verbindlich erklärt, so gilt natürliche Beweistheorie.[1]) Gesetzlich verbindliche Regeln bestimmen den Beweis negativ, wenn sie sich auf die Feststellung beschränken, wieviel Beweisgründe der Richter fordern muß; sie bestimmen den Beweis positiv, wenn sie feststellen, mit wieviel Beweisgründen sich der Richter begnügen muß.

Die G. O. bekennt sich zu der gesetzlichen positiven Beweistheorie; sie bestimmt, bei welchen Voraussetzungen der Richter eine bestrittene Behauptung für wahr halten darf und muß.[2]) Dem richterlichen Ermessen ist hiermit nicht jeder Spielraum genommen; das Gesetz ist häufig veranlaßt, die Würdigung gewisser Momente dem freien Ermessen anheimzustellen.[3])

---

[12]) Schrutka-H. S. 37 unterscheidet: 1. persönliche Beweismittel (Geständniß, eidliche Aussage, Zeugenschaft), 2. sachliche Beweismittel (Urkunden, Augenscheins- und Kunstbefundsobjekte).

[1]) Mit der Verwerfung der gesetzlichen Beweisregeln ist die Regel selbst noch nicht beseitigt, sondern nur in ihrer rechtlichen Bedeutung verändert, indem die gesetzlichen Vorschriften den Charakter goldener Erfahrungssätze annehmen. Mot. zur deut. Z. P. O. 208.

[2]) Anders die Straf-P. O. vom J. 1853, §. 260.

[3]) §§. 115, 129, 135, 137, 141, 144, 212, 217, (184, 200, 209, 211, 216, 219, 286, 291).

Digitized by Google

Die gesetzliche Beweistheorie macht die Entscheidnng des Richters von Leicht- und Schwergläubigkeit unabhängig; sie setzt aber die individuellen Momente für die Wahrheitsfeststellung bei Seite, sie schließt Beweismittel aus, nnd läßt Beweisgründe unbeachtet, welche im einzelnen Falle maßgebend erscheinen. Die moderne Gesetzgebung greift deshalb zur natürlichen Beweistheorie zurück und begnügt sich, bindende Beweisregeln aufzustellen, soweit es die Verkehrssicherheit (Urkundenbeweis), oder die Prozeßlage (Parteieid) fordert. Freie Beweiswürdigung ist rezipirt im Bag. V. mit einer Beschränkung bezüglich des Urkundenbeweises (§§. 30, 36); sie gilt ohne diese Beschränkung für Anfechtungsprozesse nach dem G. v. 16. März 1884 R. 36. Mit der freien Beweiswürdigung ist im Bag. V. die eidliche Parteivernehmung, im Anfechtungsverfahren der Haupteid in Verbindung gebracht. — Nach freier, auf Grund der gewissenhaften Prüfung der vorgebrachten Beweismittel gewonnenen Überzeugung hat der Richter zu entscheiden über die Nichtigkeit von Kreditgeschäften wegen unredlichen Vorganges und über die Rechtsfolgen der Vernichtung solcher Geschäfte (§. 12, G. v. 28. Mai 1881 R. 47), — ferner darüber, wer in einem Streite über die Vertheilung des Pachtschillings für die in Folge landesgesetzlicher Regelung der Binnenfischerei erfolgten Verpachtung eines Fischwassers als Kläger aufzutreten habe, und wenn der zu Gericht erlegte Pachtschilling zu erfolgen sei (§. 3 des G. v. 25. April 1885 R. 58). Im Ehe-V. ist die Zulässigkeit und rechtliche Kraft der Beweise nach den Vorschriften der G. O. zu beurtheilen, mit einer Einschränkung, wenn über Ungiltigkeit oder Trennung der Ehe verhandelt wird (§§. 9, 13). Die gesetzlichen Beweisregeln sind gelockert für den Beweis durch Handelsbücher und die ihnen gleichgestellten Bücher der Genossenschaften und Kreditinstitute, und für den Beweis durch Mäklerbeurkundung.

Der Art. 27 H. G. B., nach welchem das Handelsgericht über Vorhandensein und Höhe des durch unbefugten Firma-

Digitized by Google

gebrauch entstandenen Schadens nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, statuirt Schadentaxation ohne Beweis.[4])

§. 72.

Eintheilungen des Beweises. Glaubhaftmachung.

Man theilt den Beweis:

1. in einen vollständigen und unvollständigen. Vollständig ist der Beweis, wenn vorliegt, was das Gesetz zur Begründung der Überzeugung fordert; unvollständig dann, wenn die vorliegenden Beweisgründe das gesetzliche Maß nicht füllen. Der unvollständige Beweis ist an sich belanglos; doch erlangt er rechtliche Bedeutung als Grundlage des Notheides.[1]) Von den Notheiden rezipirte die G. O. den Erfüllungseid, §. 212 (286),[2]) und fordert im Anschluß an die gemeinrechtliche Praxis zur Zulassung desselben eine halbe, oder mehr als eine halbe Probe. Der Beweis theilt sich in zwei Stücke, wovon das eine, die erste halbe Probe (probatio semiplena major) der Ergänzung durch den Erfüllungseid fähig ist, das andere, die zweite halbe Probe (p. semipl. minor) zur Ergänzung der ersten Beweishälfte gebraucht werden kann. Die erste halbe Probe schafft: die Aussage eines unbedenklichen, §. 137 (211), oder die Aussage mehrer, oder auch nur eines bedenklichen Zeugen (Hfd. vom 14. Feber 1788 Nr. 782), des Tagebuches der Handwerker, §. 121 (191), regelmäßig die Handelsbücher (ar. 34 H. G. B. und §§. 19, 20 Einf. G.), die Bücher der Genossenschaften und bestimmter Kreditinstitute, ausnahmsweise die Mäklerbeurkundung. Zur Ergänzung ge-

[4]) Dazu vergl. G. v. 18. Feber 1878 R. 30, betreffend die Enteignung zu Eisenbahnzwecken; Sachverständige haben die für die Entschädigung maßgebenden Verhältnisse zu erheben, das Gericht hat aber über die Entschädigung zu entscheiden, ohne an Beweisregeln gebunden zu sein (§§. 24. 30).

[1]) Wetzell 276.

[2]) Nicht auch den Reinigungseid, weil er mit der Beweislast außer Beziehung steht.

Digitized by Google

nügt: die Aussage eines bedenklichen, selbst eines relativ verwerflichen Zeugen, §. 141 (216), und der Erfüllungseid. — Der Beweis im Sinne der auf die Verifizirung einer Thatsache gerichteten Thätigkeit (probare, docere) wird getheilt:

2. in einen einfachen und zusammengesetzten, je nachdem der Beweis einer Thatsache durch dasselbe, oder durch verschiedene Beweismittel hergestellt wird;

3. in einen ordentlichen und außerordentlichen. Ordentlicher Beweis ist jener, welcher nach der Regel angeboten und aufgenommen wird; außerordentlicher jener, wo die Anbietung und Aufnahme außer dem regelmäßigen Prozeßgang erfolgt. Als solcher erscheint der Beweis znm ewigen Gedächtniß;[3])

4. in einen feierlichen und nicht feierlichen, je nachdem alle vom Gesetze vorbedachten Förmlichkeiten des Beweisverfahrens gewahrt werden, oder einzelne Förmlichkeiten entfallen (summ. Zeugenbeweis);

5. in einen schleunigen und langsamen Beweis, je nachdem die Überzeugung des Richters ohne, oder nur mit erheblichem Zeitaufwand hergestellt werden kann. Die Eintheilung ist erheblich im Bestand-V. (§. 15), Besitz-V. (§. 6). In einzelnen Fällen fordert das Gesetz liquide, d. h. durch Urkunden bewiesene Thatsachen, so zur Einleitung des Exekutiv-, Mandats-, Wechselmandats-Verfahrens, zur Einstellung und Einschränkung der Exekution, zur Bewilligung provisorischer Sicherungsmittel.[4])

Von erheblichster Bedeutung ist die Theilung in ersten Beweis und Gegenbeweis, welche zur Beweislast in Beziehung steht.

Von dem Beweise unterscheidet sich die Glaubhaftmachung (Bescheinigung)[5]) nach der Stärke der Beweisgründe. Das Gesetz

[3]) Canstein: Lehrb. II. 271 zählt dahin auch den Beweis zu Folge einer Restitutionsklage.

[4]) Die Eintheilung von Canstein: Lehrb. II. 271 in: Augenschein-, Urkunden-, Zeugen-, Geständniß-, Parteieids- und Indizienbeweis, in angebotenen, zugelassenen, angetretenen, geführten Beweis, betrifft die Beweismittel, bez. Beweisstadien.

[5]) Wetzell 302.

Digitized by Google

begnügt sich mit einem modicum argumentum, welches den Richter nicht überzeugen, sondern nur für die Wahrannahme geneigt machen soll, u. zw. dann, wenn eine fehlerhafte Wahrannahme einen Sachnachtheil für den Prozeßgegner nicht znr Folge hat, also in den das Verfahren selbst, nicht aber den Privatrechtsanspruch betreffenden Fragen. Die G. O. kennzeichnet solche Fälle durch die Forderung standhaften Darthuns, standhafter Behelfe.[6]) Sie entbindet den Richter damit von den Beweisregeln, und fordert zugleich liquide Ausweisung, oder Anbietung zum Eide.[7])

§. 73.

Die Beweislast.*)

Es fällt nach der Verhandlungsmaxime den Parteien zu, den Richter von den für die Entscheidung relevanten Behauptungen zu überzeugen.[1]) Aus der vernünftigen Erwägung, daß, wo Zwei streiten, und man ihnen gleichmäßig zu Angriff und Abwehr das Wort gestattet, nicht dem Einen die ganze Last des Beweises aufzubürden sei,[2]) folgt die Vertheilung der Beweislast zwischen dem Kläger und dem Beklagten. Über die Art dieser Vertheilung wurden im Anschluß an wenige Sätze des röm. Rechtes verschiedene Theorien aufgestellt.

Die Präsumtionstheorie stellt als Regel auf, daß jede Partei diejenigen Behauptungen zu beweisen habe, gegen welche

[6]) Die g. G. O. fordert im §. 40 Vorlage standhafter Gründe, im §. 521 glaubwürdiges Anbringen.

[7]) §§. 31, 33, 37, 48, 231 (27, 521, 29, 40, 305).

*) Wetzell 142; Unger: System II. 551. Bar: Recht und Beweis im Zivilprozesse. — Groß: Beweistheorie. — Krainz: System. Grundriß §. 164.

[1]) Relevant sind jene Thatsachen, welche die richterliche Subsumtionsthätigkeit maßgebend bestimmen; Thatsachen des Angriffes, der Vertheidigung und solche Thatsachen, aus welchen Angriff und Vertheidigung sich erschließt; Schrutka-H. a. a. O. S. 19.

[2]) Wach: Vorträge 157.

Digitized by Google

nügt: die Aussage eines bedenklichen, selbst eines relativ verwe
lichen Zeugen, §. 141 (216), und der Erfüllungseid. — T
Beweis im Sinne der auf die Verifizirung einer Thatsache geri
teten Thätigkeit (probare, docere) wird getheilt:

2. in einen einfachen und zusammengesetzten, je nach
der Beweis einer Thatsache durch dasselbe, oder durch verschie
Beweismittel hergestellt wird;

3. in einen ordentlichen und außerordentlichen.
dentlicher Beweis ist jener, welcher nach der Regel angebote
aufgenommen wird; außerordentlicher jener, wo die Ank
und Aufnahme außer dem regelmäßigen Prozeßgang erfol
solcher erscheint der Beweis zum ewigen Gedächtniß;[3])

4. in einen feierlichen und nicht feierlichen, je nach
vom Gesetze vorbedachten Förmlichkeiten des Beweisverfahren
werden, oder einzelne Förmlichkeiten entfallen (summ. Zeuge

5. in einen schleunigen und langsamen Beweis
dem die Überzeugung des Richters ohne, oder nur mit
Zeitaufwand hergestellt werden kann. Die Eintheilung
im Bestand-V. (§. 15), Besitz-V. (§. 6). In einze
fordert das Gesetz liquide, d. h. durch Urkunde
Thatsachen, so zur Einleitung des Exekutiv-, Manda
mandats-Verfahrens, zur Einstellung und Einschränk
kution, zur Bewilligung provisorischer Sicherungsm

Von erheblichster Bedeutung ist die Theilung
weis und Gegenbeweis, welche zur Beweislast in

Von dem Beweise unterscheidet sich die G
(Bescheinigung)[5]) nach der Stärke der Beweisgr

[3]) Canstein: Lehrb. II. 271 zählt dahin auch
einer Restitutionsklage.

[4]) Die Eintheilung von Canstein: Lehrb. I
Urkunden-, Zeugen-, Geständniß-, Parteieids- und
gebotenen, zugelassenen, angetretenen, geführten B
mittel, bez. Beweisstadien.

[5]) Wetzell 302.

Digitized by Google

begnügt sich mit einem [illegible] e. Der Partei, Richter nicht überzeugen, [illegible] vorausgesetzten neigt machen soll, u. zw. dann, [illegible]

einen Sachnachtheil für den [illegible] zu erachten durch also in den das Verfahren selbst, nicht aber den [illegible] nende Weber'sche anspruch betreffenden Fragen. Die G. O. [illegible] Recht, oder eine durch die Forderung standhaften Darthuns, [illegible] rfolg vor Gericht Sie entbindet den Richter damit von den Beweisregeln, [illegible] ungewissen That- dert zugleich liquide Ausweisung, oder Anbietung [illegible] cht, oder jene Be-

§. 73.

Die Beweislast.[*]

Es fällt nach der Verhandlungsmaxime [illegible] also der Kläger, der Richter von den für die Entscheidung [illegible] Thatsachen, wenn zu überzeugen.[1] Aus der vernünftigen [illegible] chen die Entstehung streiten, und man ihnen gleichmäßig zu [illegible] gegen den Beklagten Wort gestattet, nicht dem Einen die [illegible] incumbit illi, qui aufzubürden sei,[2] folgt die Vertheilung [illegible] klagte die Bitte um dem Kläger und dem Beklagten. [illegible] ehauptungen, zu Folge wurden im Anschluß an wenige Sätze [illegible] tehung gehindert, oder Theorien aufgestellt. [illegible] rechtlich unwirksam sich

Die Präsumtionstheorie [illegible] exceptionibus dicendum Partei diejenigen Behauptungen [illegible] ortere, lex 19 D. d. p.). [illegible] Beklagte zur Klage, steht [illegible] gten, dieser zur Replik des

[illegible] theilung der Beweislast ergeben [illegible] rhältnisses; die anderen Theorien §. 521 glaubwürdiges Anbringen. [illegible] ngstheorie läßt die Frage nach der [illegible] mationstheorie ist unhaltbar, weil im Zivilprozesse. — Groß: [illegible] rmativ und negativ aufgestellt werden riß §. 164. [illegible] von Schneider und Rizy vollzogenen [illegible] , weil auch Realverneinungen (non thätig[illegible] und [illegible] die Verbindlichkeit zur Beweisführung, 1805,

[6]) Die g. G. O. fordert im §. 40 [illegible]

[7]) §§. 31, 33, 37, 48, 231 (27, 521, [illegible]

*) Wetzell 142; Unger: System [illegible]

[1]) Relevant [illegible]

Digitized by Google

die Vermuthung streite (probare debet is, cui praesumtio adversatur).[3]) Man suchte für die einzelnen Fälle festzustellen, welche Partei die Vermuthung für sich, und welche sie gegen sich habe, und strebte das Detail in allgemeinen Regeln zu fassen: die Vermuthung spreche für das Natürliche, Gewöhnliche, Vernunftgemäße, — das Ungewöhnliche werde nicht vermuthet. Diese Theorie, die auf die Kodifikation des preußischen und österreichischen Zivilrechtes Einfluß nahm,[4]) wurde in der Neuzeit nochmals aufgenommen,[5]) und dabei die aus den Umständen des einzelnen Falles resultirende Wahrscheinlichkeit beweisbefreiend bezeichnet.

Die Affirmationstheorie behauptet: affirmanti, non neganti incumbit probatio. Sie stützt sich auf lex. 2 Dig. de prob. (Paulus: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat) und erklärt, dicere im Gegensatze zu negare bedeute affirmare. Rezipirt ist diese Theorie in der Glosse; man behauptet die Aufnahme derselben in das kanonische Recht, und stützt sie sogar mit der Annahme, daß Negativen überhaupt nicht bewiesen werden können.

Diese vorlängst angefochtene Theorie erhielt von Schneider,[6]) und in gründlichster Ausführung von Rizy[7]) einen neuen Gehalt. Sie erklären, nicht die sprachliche Fassung begründe die Unterscheidung in Affirmation und Negation, sondern der Inhalt der Behauptung; es sei daher zu scheiden zwischen realer Bejahung und realer Verneinung. Reale Behauptung, Faktum, sei eine Begebenheit, eine Veränderung, das Entstehen nnd Vergehen; reale Verneinung, non factum, die Nichtveränderung der Koexistenz der Dinge. Jeweilig sei zu untersuchen, von welchem Zustand der Dinge die Parteien ansgehen, und welche von ihnen eine Ver-

[3]) Tevenar: Theorie des Beweises 1780 S. 31; Schneider: Lehre vom rechtlichen Beweis 1842 §. 15; Grolmann: Theorie d. ger. Verf. §. 81.

[4]) Unger: System II. 590, Note 34.

[5]) Bar: Recht und Beweis im Zivilprozesse 1867.

[6]) Lehre vom Beweise 1842.

[7]) Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. 1841.

Digitized by Google

änderung dieses vorausgesetzten Zustandes behaupte. Der Partei, welche die Veränderung des von beiden Theilen vorausgesetzten Zustandes behauptet, falle die Beweislast zu.

Die genannten Theorien sind als verdrängt zu erachten durch die nach dem hervorragendsten Vertreter zu bezeichnende Weber'sche Theorie.[8]) Weber stellt als Regel auf: Wer ein Recht, oder eine Befreiung von einer Anmaßung Anderer mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen zu beweisen, deren Wahrheit jenes Recht, oder jene Befreiung als nothwendig voraussetzt. Es hat also der Kläger, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, jene Thatsachen, wenn sie bestritten werden, zu beweisen, von welchen die Entstehung dieses Rechtes, und die klagbare Verfolgung gegen den Beklagten bedingt ist (semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. lex 21 D. d. p.). Stützt der Beklagte die Bitte um Abweisung der Klage auf selbstständige Behauptungen, zu Folge welcher der Klageanspruch in der Entstehung gehindert, oder das entstandene Recht erloschen ist, oder rechtlich unwirksam sich darstellt, so trifft ihn die Beweislast (in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, lex 19 D. d. p.). In demselben Verhältnisse, wie der Beklagte zur Klage, steht der Kläger zur Einrede des Beklagten, dieser zur Replik des Klägers u. s. w.

Diese Grundsätze für die Vertheilung der Beweislast ergeben sich aus dem Wesen des Streitverhältnisses; die anderen Theorien sind unhaltbar. Die Vermuthungstheorie läßt die Frage nach der Beweislast ungelöst; die Affirmationstheorie ist unhaltbar, weil Behauptungen willkürlich affirmativ und negativ aufgestellt werden können; sie ist auch in der von Schneider und Rizy vollzogenen Umgestaltung unzureichend, weil auch Realverneinungen (non

[8]) A. D. Weber: Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, 1805, Hefftters Ausgabe 1832, 1845.

Digitized by Google

usus, negative Bedingung) für den Bestand von Rechten causa efficiens sind. Die Geltung der von Weber entwickelten Grundsätze für die Beweislast ergibt sich für das österreichische Prozeßrecht selbst aus den Bestimmungen der G. O. Der §. 104 (170) bestimmt lediglich, daß der Beweis Sache der Parteien, und sowohl Sache des Klägers wie des Beklagten sei. Der §. 3 bestimmt, daß der Kläger, obwohl er ein Recht als bestehend in Anspruch nimmt, doch nur die Voraussetzungen für die Entstehung desselben auszuführen habe, womit dem Beklagten zugewiesen ist, die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Thatsachen, und jene Umstände, welche sich der Wirksamkeit des klägerischen Anspruches entgegenstellen, als Einwendungen geltend zu machen. Dazu bestimmt §. 12, daß jede Partei bei dem Faktum, welches sie anführt, alle Beweisarten anzuführen und beizuschließen habe, begrenzt also geradezu die Beweispflicht mit der Anführungsverbindlichkeit.

Aus dem Verhältniß von Angriff und Vertheidigung folgt, daß der Kläger mit dem Beweis zu beginnen hat, daß also der Beweis der Einwendungen nur für den Fall des Gelingens des Klagebeweises erheblich ist, daß sohin der Beweis der Repliken nur relevant wird, wenn der Beweis der Einwendungen gelingt u. s. w. Von selbst ergibt sich, daß der Beweis des Angriffes (Klage) unentscheidend ist, wenn der unmittelbare Gegenangriff (Einwendung) zugestanden wird, sofern nicht dem gestandenen Gegenangriff (Einwendung) ein Gegenangriff (Replik) entgegengestellt wird.

Versäumt die Partei, ihrer Beweispflicht zu genügen, so ist ihre Behauptung bei der Entscheidung nicht für wahr zu halten, und der etwa diesfalls von der Gegenpartei angebotene Beweis nicht zuzulassen. Liegt aber der Beweis dem Richter bereits vor, dann ist es unentscheidend, welche Partei den Beweis in Antrag gebracht hat; der Richter entscheidet nach den Akten, und hat, wenn bewiesen ist, nicht weiter zu prüfen, wer beweisen sollte.

Digitized by Google

Der Gegenbeweis erscheint nicht als Last, sondern als Vergünstigung, durch welche die Partei auch bei formellem Beweis der Sachfälligkeit sich zu entziehen vermag.

Die Beweislast bezieht sich auf den Thatbestand, und nur ausnahmsweise auf die maßgebende Rechtsnorm. Der Beweis von Thatsachen entfällt, wenn diese unerheblich, also für den Bestand oder Nichtbestand des Anspruches unentscheidend sind; er entfällt für relevante Thatsachen, wenn sie nicht bestritten, oder nicht bestreitbar, oder zu Folge gesetzlicher Bestimmung bis zum Beweise des Gegentheils für wahr zu halten sind. Erleichtert wird die Beweislast durch Zulassung indirekter Beweisführung.

§. 74.

Gegenbeweis. Beweiseinreden. *)

Hauptbeweis ist der Beweis der selbstständigen thatsächlichen Behauptungen der Partei, also der Beweis des Klägers für die Klagebegründung und die Repliken, der Beweis des Beklagten für die Einreden und Dupliken. Dem Beweise kann der Probat entgegentreten a) mit Beweiseinreden, das sind Mängel, welche die Beweiskraft der vorgeführten Beweismittel ausschließen oder mindern. Ihrem Wesen nach sind die Beweiseinreden Widerspruch (z. B. der Echtheit einer Privaturkunde) oder Einwendung (z. B. der Unechtheit einer öffentlichen Urkunde). Auf Mängel, welche bei der Beweisaufnahme hervortreten, hat der Richter von Amtswegen Bedacht zu nehmen, der Probat also nur zur Anregung der Richterpflicht Bezug zu nehmen;[1]) b) mit Gegenbeweis (reprobatio), welcher die Unwahrheit der zu beweisenden Thatsache, oder eine sie ausschließende Thatsache darlegt. Der Gegenbeweis stellt den vom Probanten für die Wahrheit seiner

*) Linde: Abhandlungen 1823, 1. 49. — Fitting: Über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis, 1853.

[1]) Schrutka-H., in Grünhuts Z. 12, 31.

Digitized by Google

Behauptung vorgebrachten Gründen gleichgewichtige Gründe gegen die Wahrheit derselben entgegen, und schließt dadurch die Wahrannahme aus. Der Beweis im Zivilprozesse ist eben einseitig, die Partei bringt bloß vor, was ihr günstig ist, der Gegenpartei fällt zu, das Ungünstige vorzuführen.

Von dem Gegenbeweis (reprobatio) gilt Folgendes:

1. er ist gegen jeden Hauptbeweis zulässig, nur nicht gegen eine richterliche Feststellung, also nicht gegen einen Augenschein, und einen Kunstverständigenbeweis, §§. 200—202 (272—274);

2. er kann mit allen zulässigen Beweismitteln geführt werden; nur der Haupteid ist unzulässig als Gegenbeweis gegen den Zeugenbeweis, und gegen den Inhalt glaubwürdiger Urkunden, §. 204 (276);[2])

3. der Gegenbeweis ist nur erheblich im Falle des Gelingens des Vorbeweises. Die Anbietung des Gegenbeweises folgt der Anbietung des Hauptbeweises nach; wird verspätete Anbietung des Hauptbeweises zugelassen, so ist hiermit zugleich Anbietung von Gegenbeweis vorbehalten. Die Gewissensvertretung, §. 204 (276), und die Beweisführung zur Vermeidung falschen Eides, §. 231 (305) geht dem Hauptbeweise vor;

4. der Satz, reprobatio reprobationis non datur, gilt, wenn der Gegenbeweis den kontradiktorischen Gegensatz des Beweissatzes betrifft; betrifft der Gegenbeweis Thatsachen, welche die Wahrheit des Beweissatzes ausschließen, so ist Gegenbeweis zulässig.[3])

---

[2]) Anders die Ent. des O. G. H. v. 18. Okt. 1854 Z. 10295 und auch J. M. E. v. 4. April 1856 Z. 22497; der Haupteid über die exceptio n. n. pecuniae sei zulässig, wenn nach den Akten keine Bedenken entgegenstehen. Schrankenlos läßt den Haupteid als Gegenbeweis zu Diem, Ger. Z. 1856 N. 23.

[3]) Schrutka-H. a. a. O. S. 35 schließt auch in diesem Falle Gegenbeweis aus, denn die Gesetze wissen davon nichts, auch würde Beweis in's Unendliche zuzulassen sein.

Digitized by Google

§. 75.

Beweis der Rechtsnorm. *)

Auf Recht und Gesetze hat der Richter von Amtswegen zu achten (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). Der Satz: jura novit curia gilt, wenn die Rechtssache in einen Zweig der Zivil- und Strafgesetzgebung einschlägt, weil sich die Richterprüfung darauf erstreckt (K. V. v. 10. Oktober 1854 R. 262); er gilt, wenn ein außer dem Umfang dieser Prüfung liegendes österr. Gesetz maßgebend wird, weil es allgemein, also auch für den Richter verbindlich kundgemacht ist. Die offizielle Rechtskenntniß des Richters zessirt, wenn eine Gewohnheit, oder wenn ein Statut oder Privilegium, das nicht wie ein Gesetz kundgemacht ist, oder wenn ein fremdes, d. h. ein für keinen Theil der im Reichsrathe vertretenen Länder kundgemachtes Gesetz entscheidend wird.

Für welche Rechtsfragen fremdes Recht maßgebend ist, weiß der Richter; dagegen ist es Sache der Partei, auf eine dem Richter fern liegende Gewohnheit, ein Statut oder Privilegium, welches nicht wie ein Gesetz kundgemacht ist, ausdrücklich Bezug zu nehmen, weil sonst der Richter das allgemeine Gesetz zur Anwendung bringen müßte.

In allen Fällen, wo die offizielle Rechtskenntniß der Richters entfällt, ist die anzuwendende Rechtsnorm festzustellen. Dazu erscheint Geständniß und Eidesdelation nicht geeignet, weil die Rechtsnorm kein Gegenstand der Parteidisposition ist.[1]) Nach dem Hfd. v. 23. Oktober 1801 Nr. 542 liegt jenem Theile, der sich auf auswärtige Gesetze beziehen will, ob „dieselben zu beweisen, da sie der inländische Richter zu wissen nicht

*) Wetzell, 179. — Groß: Beweistheorie. — Canstein, in der Zeitschr. f. d. Z. P. 2. 298. — Derf. Lehrbuch 2. 276.

[1]) Ent. v. 3. Juli 1884 Jur. Bl. 1884: 45: Es ist Pflicht des sich auf ein ausländisches Gesetz Berufenden, dasselbe selbst dann zu beweisen, wenn dessen Bestand vom Prozeßgegner nicht widersprochen wird.

Digitized by Google

Die gesetzliche Beweistheorie macht die Entscheidnng des Richters von Leicht- und Schwergläubigkeit unabhängig; sie setzt aber die individuellen Momente für die Wahrheitsfeststellung bei Seite, sie schließt Beweismittel aus, nnd läßt Beweisgründe unbeachtet, welche im einzelnen Falle maßgebend erscheinen. Die moderne Gesetzgebung greift deshalb zur natürlichen Beweistheorie zurück und begnügt sich, bindende Beweisregeln aufzustellen, soweit es die Verkehrssicherheit (Urkundenbeweis), oder die Prozeßlage (Parteieid) fordert. Freie Beweiswürdigung ist rezipirt im Bag. V. mit einer Beschränkung bezüglich des Urkundenbeweises (§§. 30, 36); sie gilt ohne diese Beschränkung für Anfechtungsprozesse nach dem G. v. 16. März 1884 R. 36. Mit der freien Beweiswürdigung ist im Bag. V. die eidliche Parteivernehmung, im Anfechtungsverfahren der Haupteid in Verbindung gebracht. — Nach freier, auf Grund der gewissenhaften Prüfung der vorgebrachten Beweismittel gewonnenen Überzeugung hat der Richter zu entscheiden über die Nichtigkeit von Kreditgeschäften wegen unredlichen Vorganges und über die Rechtsfolgen der Vernichtung solcher Geschäfte (§. 12, G. v. 28. Mai 1881 R. 47), — ferner darüber, wer in einem Streite über die Vertheilung des Pachtschillings für die in Folge landesgesetzlicher Regelung der Binnenfischerei erfolgten Verpachtung eines Fischwassers als Kläger aufzutreten habe, und wenn der zu Gericht erlegte Pachtschilling zu erfolgen sei (§. 3 des G. v. 25. April 1885 R. 58). Im Ehe-V. ist die Zulässigkeit und rechtliche Kraft der Beweise nach den Vorschriften der G. O. zu beurtheilen, mit einer Einschränkung, wenn über Ungiltigkeit oder Trennung der Ehe verhandelt wird (§§. 9, 13). Die gesetzlichen Beweisregeln sind gelockert für den Beweis durch Handelsbücher und die ihnen gleichgestellten Bücher der Genossenschaften und Kreditinstitute, und für den Beweis durch Mäklerbeurkundung.

Der Art. 27 H. G. B., nach welchem das Handelsgericht über Vorhandensein und Höhe des durch unbefugten Firma-

Digitized by Google

gebrauch entstandenen Schadens nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, statuirt Schadentaxation ohne Beweis.[4])

§. 72.

Eintheilungen des Beweises. Glaubhaftmachung.

Man theilt den Beweis:

1. in einen vollständigen und unvollständigen. Vollständig ist der Beweis, wenn vorliegt, was das Gesetz zur Begründung der Überzeugung fordert; unvollständig dann, wenn die vorliegenden Beweisgründe das gesetzliche Maß nicht füllen. Der unvollständige Beweis ist an sich belanglos; doch erlangt er rechtliche Bedeutung als Grundlage des Notheides.[1]) Von den Notheiden rezipirte die G. O. den Erfüllungseid, §. 212 (286),[2]) und fordert im Anschluß an die gemeinrechtliche Praxis zur Zulassung desselben eine halbe, oder mehr als eine halbe Probe. Der Beweis theilt sich in zwei Stücke, wovon das eine, die erste halbe Probe (**probatio semiplena major**) der Ergänzung durch den Erfüllungseid fähig ist, das andere, die zweite halbe Probe (**p. semipl. minor**) zur Ergänzung der ersten Beweishälfte gebraucht werden kann. Die erste halbe Probe schafft: die Aussage eines unbedenklichen, §. 137 (211), oder die Aussage mehrer, oder auch nur eines bedenklichen Zeugen (Hfd. vom 14. Feber 1788 Nr. 782), des Tagebuches der Handwerker, §. 121 (191), regelmäßig die Handelsbücher (ar. 34 H. G. B. und §§. 19, 20 Einf. G.), die Bücher der Genossenschaften und bestimmter Kreditinstitute, ausnahmsweise die Mäklerbeurkundung. Zur Ergänzung ge-

[4]) Dazu vergl. G. v. 18. Feber 1878 R. 30, betreffend die Enteignung zu Eisenbahnzwecken; Sachverständige haben die für die Entschädigung maßgebenden Verhältnisse zu erheben, das Gericht hat aber über die Entschädigung zu entscheiden, ohne an Beweisregeln gebunden zu sein (§§. 24, 30).

[1]) Wetzell 276.

[2]) Nicht auch den Reinigungseid, weil er mit der Beweislast außer Beziehung steht.

Digitized by Google

nügt: die Aussage eines bedenklichen, selbst eines relativ verwerflichen Zeugen, §. 141 (216), und der Erfüllungseid. — Der Beweis im Sinne der auf die Verifizirung einer Thatsache gerichteten Thätigkeit (probare, docere) wird getheilt:

2. in einen einfachen und zusammengesetzten, je nachdem der Beweis einer Thatsache durch dasselbe, oder durch verschiedene Beweismittel hergestellt wird;

3. in einen ordentlichen und außerordentlichen. Ordentlicher Beweis ist jener, welcher nach der Regel angeboten und aufgenommen wird; außerordentlicher jener, wo die Anbietung und Aufnahme außer dem regelmäßigen Prozeßgang erfolgt. Als solcher erscheint der Beweis znm ewigen Gedächtniß;[3])

4. in einen feierlichen und nicht feierlichen, je nachdem alle vom Gesetze vorbedachten Förmlichkeiten des Beweisverfahrens gewahrt werden, oder einzelne Förmlichkeiten entfallen (summ. Zeugenbeweis);

5. in einen schleunigen und langsamen Beweis, je nachdem die Überzeugung des Richters ohne, oder nur mit erheblichem Zeitaufwand hergestellt werden kann. Die Eintheilung ist erheblich im Bestand-B. (§. 15), Besitz-B. (§. 6). In einzelnen Fällen fordert das Gesetz liquide, d. h. durch Urkunden bewiesene Thatsachen, so zur Einleitung des Exekutiv-, Mandats-, Wechselmandats-Verfahrens, zur Einstellung und Einschränkung der Exekution, zur Bewilligung provisorischer Sicherungsmittel.[4])

Von erheblichster Bedeutung ist die Theilung in ersten Beweis und Gegenbeweis, welche zur Beweislast in Beziehung steht.

Von dem Beweise unterscheidet sich die Glaubhaftmachung (Bescheinigung)[5]) nach der Stärke der Beweisgründe. Das Gesetz

[3]) Canstein: Lehrb. II. 271 zählt dahin auch den Beweis zu Folge einer Restitutionsklage.

[4]) Die Eintheilung von Canstein: Lehrb. II. 271 in: Augenschein-, Urkunden-, Zeugen-, Geständniß-, Parteieids- und Indizienbeweis, in angebotenen, zugelassenen, angetretenen, geführten Beweis, betrifft die Beweismittel, bez. Beweisstadien.

[5]) Wetzell 302.

Digitized by Google

begnügt sich mit einem modicum argumentum, welches den Richter nicht überzeugen, sondern nur für die Wahrannahme geneigt machen soll, u. zw. dann, wenn eine fehlerhafte Wahrannahme einen Sachnachtheil für den Prozeßgegner nicht zur Folge hat, also in den das Verfahren selbst, nicht aber den Privatrechtsanspruch betreffenden Fragen. Die G. O. kennzeichnet solche Fälle durch die Forderung standhaften Darthuns, standhafter Behelfe.[6]) Sie entbindet den Richter damit von den Beweisregeln, und fordert zugleich liquide Ausweisung, oder Anbietung zum Eide.[7])

§. 73.

Die Beweislast.*)

Es fällt nach der Verhandlungsmaxime den Parteien zu, den Richter von den für die Entscheidung relevanten Behauptungen zu überzeugen.[1]) Aus der vernünftigen Erwägung, daß, wo Zwei streiten, und man ihnen gleichmäßig zu Angriff und Abwehr das Wort gestattet, nicht dem Einen die ganze Last des Beweises aufzubürden sei,[2]) folgt die Vertheilung der Beweislast zwischen dem Kläger und dem Beklagten. Über die Art dieser Vertheilung wurden im Anschluß an wenige Sätze des röm. Rechtes verschiedene Theorien aufgestellt.

Die Präsumtionstheorie stellt als Regel auf, daß jede Partei diejenigen Behauptungen zu beweisen habe, gegen welche

---

[6]) Die g. G. O. fordert im §. 40 Vorlage standhafter Gründe, im §. 521 glaubwürdiges Anbringen.

[7]) §§. 31, 33, 37, 48, 231 (27, 521, 29, 40, 305).

*) Wetzell 142; Unger: System II. 551. Bar: Recht und Beweis im Zivilprozesse. — Groß: Beweistheorie. — Krainz: System. Grundriß §. 164.

[1]) Relevant sind jene Thatsachen, welche die richterliche Subsumtionsthätigkeit maßgebend bestimmen; Thatsachen des Angriffes, der Vertheidigung und solche Thatsachen, aus welchen Angriff und Vertheidigung sich erschließt; Schrutka-H. a. a. O. S. 19.

[2]) Wach: Vorträge 157.

Digitized by Google

die Vermuthung ſtreite (**probare debet is, cui praesumtio adversatur**).[3]) Man ſuchte für die einzelnen Fälle feſtzuſtellen, welche Partei die Vermuthung für ſich, und welche ſie gegen ſich habe, und ſtrebte das Detail in allgemeinen Regeln zu faſſen: die Vermuthung ſpreche für das Natürliche, Gewöhnliche, Vernunftgemäße, — das Ungewöhnliche werde nicht vermuthet. Dieſe Theorie, die auf die Kodifikation des preußiſchen und öſterreichiſchen Zivilrechtes Einfluß nahm,[4]) wurde in der Neuzeit nochmals aufgenommen,[5]) und dabei die aus den Umſtänden des einzelnen Falles reſultirende Wahrſcheinlichkeit beweisbefreiend bezeichnet.

Die Affirmationstheorie behauptet: **affirmanti, non neganti incumbit probatio.** Sie ſtützt ſich auf **lex. 2 Dig. de prob.** (Paulus: **ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat**) und erklärt, **dicere** im Gegenſatze zu **negare** bedeute **affirmare.** Rezipirt iſt dieſe Theorie in der Gloſſe; man behauptet die Aufnahme derſelben in das kanoniſche Recht, und ſtützt ſie ſogar mit der Annahme, daß Negativen überhaupt nicht bewieſen werden können.

Dieſe vorlängſt angefochtene Theorie erhielt von Schneider,[6]) und in gründlichſter Ausführung von Rizy[7]) einen neuen Gehalt. Sie erklären, nicht die ſprachliche Faſſung begründe die Unterſcheidung in Affirmation und Negation, ſondern der Inhalt der Behauptung; es ſei daher zu ſcheiden zwiſchen realer Bejahung und realer Verneinung. Reale Behauptung, Faktum, ſei eine Begebenheit, eine Veränderung, das Entſtehen nnd Vergehen; reale Verneinung, **non factum**, die Nichtveränderung der Koexiſtenz der Dinge. Jeweilig ſei zu unterſuchen, von welchem Zuſtand der Dinge die Parteien ausgehen, und welche von ihnen eine Ver-

---

[3]) Tevenar: Theorie des Beweiſes 1780 S. 31; Schneider: Lehre vom rechtlichen Beweis 1842 §. 15; Grolmann: Theorie d. ger. Verf. §. 81.

[4]) Unger: Syſtem II. 590, Note 34.

[5]) Bar: Recht und Beweis im Zivilprozeſſe 1867.

[6]) Lehre vom Beweiſe 1842.

[7]) Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. 1841.

Digitized by Google

änderung dieses vorausgesetzten Zustandes behaupte. Der Partei, welche die Veränderung des von beiden Theilen vorausgesetzten Zustandes behauptet, falle die Beweislast zu.

Die genannten Theorien sind als verdrängt zu erachten durch die nach dem hervorragendsten Vertreter zu bezeichnende Weber'sche Theorie.[8]) Weber stellt als Regel auf: Wer ein Recht, oder eine Befreiung von einer Anmaßung Anderer mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen zu beweisen, deren Wahrheit jenes Recht, oder jene Befreiung als nothwendig voraussetzt. Es hat also der Kläger, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, jene Thatsachen, wenn sie bestritten werden, zu beweisen, von welchen die Entstehung dieses Rechtes, und die klagbare Verfolgung gegen den Beklagten bedingt ist (semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. lex 21 D. d. p.). Stützt der Beklagte die Bitte um Abweisung der Klage auf selbstständige Behauptungen, zu Folge welcher der Klageanspruch in der Entstehung gehindert, oder das entstandene Recht erloschen ist, oder rechtlich unwirksam sich darstellt, so trifft ihn die Beweislast (in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, lex 19 D. d. p.). In demselben Verhältnisse, wie der Beklagte zur Klage, steht der Kläger zur Einrede des Beklagten, dieser zur Replik des Klägers u. s. w.

Diese Grundsätze für die Vertheilung der Beweislast ergeben sich aus dem Wesen des Streitverhältnisses; die anderen Theorien sind unhaltbar. Die Vermuthungstheorie läßt die Frage nach der Beweislast ungelöst; die Affirmationstheorie ist unhaltbar, weil Behauptungen willkürlich affirmativ und negativ aufgestellt werden können; sie ist auch in der von Schneider und Rizy vollzogenen Umgestaltung unzureichend, weil auch Realverneinungen (non

[8]) A. D. Weber: Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, 1805, Hefftters Ausgabe 1832, 1845.

Digitized by Google

usus, negative Bedingung) für den Bestand von Rechten causa efficiens sind. Die Geltung der von Weber entwickelten Grundsätze für die Beweislast ergibt sich für das österreichische Prozeßrecht selbst aus den Bestimmungen der G. O. Der §. 104 (170) bestimmt lediglich, daß der Beweis Sache der Parteien, und sowohl Sache des Klägers wie des Beklagten sei. Der §. 3 bestimmt, daß der Kläger, obwohl er ein Recht als bestehend in Anspruch nimmt, doch nur die Voraussetzungen für die Entstehung desselben auszuführen habe, womit dem Beklagten zugewiesen ist, die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Thatsachen, und jene Umstände, welche sich der Wirksamkeit des klägerischen Anspruches entgegenstellen, als Einwendungen geltend zu machen. Dazu bestimmt §. 12, daß jede Partei bei dem Faktum, welches sie anführt, alle Beweisarten anzuführen und beizuschließen habe, begrenzt also geradezu die Beweispflicht mit der Anführungsverbindlichkeit.

Aus dem Verhältniß von Angriff und Vertheidigung folgt, daß der Kläger mit dem Beweis zu beginnen hat, daß also der Beweis der Einwendungen nur für den Fall des Gelingens des Klagebeweises erheblich ist, daß sohin der Beweis der Repliken nur relevant wird, wenn der Beweis der Einwendungen gelingt u. s. w. Von selbst ergibt sich, daß der Beweis des Angriffes (Klage) unentscheidend ist, wenn der unmittelbare Gegenangriff (Einwendung) zugestanden wird, sofern nicht dem gestandenen Gegenangriff (Einwendung) ein Gegenangriff (Replik) entgegengestellt wird.

Versäumt die Partei, ihrer Beweispflicht zu genügen, so ist ihre Behauptung bei der Entscheidung nicht für wahr zu halten, und der etwa diesfalls von der Gegenpartei angebotene Beweis nicht zuzulassen. Liegt aber der Beweis dem Richter bereits vor, dann ist es unentscheidend, welche Partei den Beweis in Antrag gebracht hat; der Richter entscheidet nach den Akten, und hat, wenn bewiesen ist, nicht weiter zu prüfen, wer beweisen sollte.

Digitized by Google

Der Gegenbeweis erscheint nicht als Last, sondern als Vergünstigung, durch welche die Partei auch bei formellem Beweis der Sachfälligkeit sich zu entziehen vermag.

Die Beweislast bezieht sich auf den Thatbestand, und nur ausnahmsweise auf die maßgebende Rechtsnorm. Der Beweis von Thatsachen entfällt, wenn diese unerheblich, also für den Bestand oder Nichtbestand des Anspruches unentscheidend sind; er entfällt für relevante Thatsachen, wenn sie nicht bestritten, oder nicht bestreitbar, oder zu Folge gesetzlicher Bestimmung bis zum Beweise des Gegentheils für wahr zu halten sind. Erleichtert wird die Beweislast durch Zulassung indirekter Beweisführung.

§. 74.

Gegenbeweis. Beweiseinreden.*)

Hauptbeweis ist der Beweis der selbstständigen thatsächlichen Behauptungen der Partei, also der Beweis des Klägers für die Klagebegründung und die Repliken, der Beweis des Beklagten für die Einreden und Dupliken. Dem Beweise kann der Probat entgegentreten a) mit Beweiseinreden, das sind Mängel, welche die Beweiskraft der vorgeführten Beweismittel ausschließen oder mindern. Ihrem Wesen nach sind die Beweiseinreden Widerspruch (z. B. der Echtheit einer Privaturkunde) oder Einwendung (z. B. der Unechtheit einer öffentlichen Urkunde). Auf Mängel, welche bei der Beweisaufnahme hervortreten, hat der Richter von Amtswegen Bedacht zu nehmen, der Probat also nur zur Anregung der Richterpflicht Bezug zu nehmen;[1]) b) mit Gegenbeweis (reprobatio), welcher die Unwahrheit der zu beweisenden Thatsache, oder eine sie ausschließende Thatsache darlegt. Der Gegenbeweis stellt den vom Probanten für die Wahrheit seiner

*) Linde: Abhandlungen 1823, 1. 49. — Fitting: Über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis, 1853.

[1]) Schrutka-H., in Grünhuts Z. 12, 31.

Digitized by Google

Behauptung vorgebrachten Gründen gleichgewichtige Gründe gegen die Wahrheit derselben entgegen, und schließt dadurch die Wahrannahme aus. Der Beweis im Zivilprozesse ist eben einseitig, die Partei bringt bloß vor, was ihr günstig ist, der Gegenpartei fällt zu, das Ungünstige vorzuführen.

Von dem Gegenbeweis (reprobatio) gilt Folgendes:

1. er ist gegen jeden Hauptbeweis zulässig, nur nicht gegen eine richterliche Feststellung, also nicht gegen einen Augenschein, und einen Kunstverständigenbeweis, §§. 200—202 (272—274);

2. er kann mit allen zulässigen Beweismitteln geführt werden; nur der Haupteid ist unzulässig als Gegenbeweis gegen den Zeugenbeweis, und gegen den Inhalt glaubwürdiger Urkunden, §. 204 (276);[2])

3. der Gegenbeweis ist nur erheblich im Falle des Gelingens des Vorbeweises. Die Anbietung des Gegenbeweises folgt der Anbietung des Hauptbeweises nach; wird verspätete Anbietung des Hauptbeweises zugelassen, so ist hiermit zugleich Anbietung von Gegenbeweis vorbehalten. Die Gewissensvertretung, §. 204 (276), und die Beweisführung zur Vermeidung falschen Eides, §. 231 (305) geht dem Hauptbeweise vor;

4. der Satz, reprobatio reprobationis non datur, gilt, wenn der Gegenbeweis den kontradiktorischen Gegensatz des Beweissatzes betrifft; betrifft der Gegenbeweis Thatsachen, welche die Wahrheit des Beweissatzes ausschließen, so ist Gegenbeweis zulässig.[3])

---

[2]) Anders die Ent. des O. G. H. v. 18. Okt. 1854 Z. 10295 und auch J. M. E. v. 4. April 1856 Z. 22497; der Haupteid über die exceptio n. n. pecuniae sei zulässig, wenn nach den Akten keine Bedenken entgegenstehen. Schrankenlos läßt den Haupteid als Gegenbeweis zu Diem, Ger. Z. 1856 N. 23.

[3]) Schrutka-H. a. a. O. S. 35 schließt auch in diesem Falle Gegenbeweis aus, denn die Gesetze wissen davon nichts, auch würde Beweis in's Unendliche zuzulassen sein.

Digitized by Google

§. 75.

Beweis der Rechtsnorm. *)

Auf Recht und Gesetze hat der Richter von Amtswegen zu achten (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). Der Satz: jura novit curia gilt, wenn die Rechtssache in einen Zweig der Zivil- und Strafgesetzgebung einschlägt, weil sich die Richterprüfung darauf erstreckt (K. V. v. 10. Oktober 1854 R. 262); er gilt, wenn ein außer dem Umfang dieser Prüfung liegendes österr. Gesetz maßgebend wird, weil es allgemein, also auch für den Richter verbindlich kundgemacht ist. Die offizielle Rechtskenntniß des Richters zessirt, wenn eine Gewohnheit, oder wenn ein Statut oder Privilegium, das nicht wie ein Gesetz kundgemacht ist, oder wenn ein fremdes, d. h. ein für keinen Theil der im Reichsrathe vertretenen Länder kundgemachtes Gesetz entscheidend wird.

Für welche Rechtsfragen fremdes Recht maßgebend ist, weiß der Richter; dagegen ist es Sache der Partei, auf eine dem Richter fern liegende Gewohnheit, ein Statut oder Privilegium, welches nicht wie ein Gesetz kundgemacht ist, ausdrücklich Bezug zu nehmen, weil sonst der Richter das allgemeine Gesetz zur Anwendung bringen müßte.

In allen Fällen, wo die offizielle Rechtskenntniß der Richters entfällt, ist die anzuwendende Rechtsnorm festzustellen. Dazu erscheint Geständniß und Eidesdelation nicht geeignet, weil die Rechtsnorm kein Gegenstand der Parteidisposition ist.[1]) Nach dem Hfd. v. 23. Oktober 1801 Nr. 542 liegt jenem Theile, der sich auf auswärtige Gesetze beziehen will, ob „dieselben zu beweisen, da sie der inländische Richter zu wissen nicht

*) Wetzell, 179. — Groß: Beweistheorie. — Canstein, in der Zeitschr. f. d. Z. P. 2. 298. — Derf. Lehrbuch 2. 276.

[1]) Ent. v. 3. Juli 1884 Jur. Bl. 1884: 45: Es ist Pflicht des sich auf ein ausländisches Gesetz Berufenden, dasselbe selbst dann zu beweisen, wenn dessen Bestand vom Prozeßgegner nicht widersprochen wird.

Digitized by Google

schuldig ist". Daraus folgt: a) daß der österr. Richter nicht verpflichtet, und auch nicht berechtigt ist, über die außer dem Bereiche seiner offiziellen Rechtskenntniß liegende Rechtsnorm Erkundigung einzuziehen; b) daß die Partei, welche aus einer solchen Norm Rechtsfolgen ableitet, das für die Information des Gerichtes erforderliche Material zu beschaffen und vorzulegen hat, ohne eine gerichtliche Aufforderung abzuwarten, und ohne sich auf die Privatkenntniß des Richters zu verlassen, welche doch immer eine zufällige, und für die Instanzen nicht maßgebende wäre, und deren Verwerthbarkeit durch Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621 mindestens zweifelhaft wird;[2]) c) daß sich der Richter mit dem von der Partei vorgelegten Beweismaterial begnügen muß, wenn es nach der Beweistheorie für die Feststellung von Thatsachen zureichend erscheint, da der Richter an der Verläßlichkeit der Beweisregeln nicht zweifeln, und für die gleichgewichtigen Faktoren des Spruches nicht einen verschiedenen Grad der Überzeugung fordern darf.[3]) — Der außer dem Bereiche offizieller Rechtskenntniß liegende Rechtssatz wird also festgestellt durch Zeugnisse kompetenter Behörden (§. 282 K. P. v. 9. August 1854 R. 208), speziell durch Zeugnisse der Handelskammer über den Bestand von Handelsusanzen (§. 2, G. v. 29. Juni 1868 R. 85), und durch sachverständige Zeugen.

---

[2]) Anders Menger: System 95 und 176: die Bestimmungen über den Beweis von Thatsachen haben für den Beweis von Gewohnheitsrecht und fremdem Gesetze keine Geltung; und Canstein a. a. O.: der Richter habe eine Erkundigungspflicht, wenn ihm das entscheidende fremde Recht unbekannt ist.

[3]) Nach der Ent. v. 5. Feber 1885, Ger. H. 1885: 17 ist der Beweis fremden Rechtes frei zu würdigen.

Digitized by Google

§. 76.

Befreiung von der Beweislast.

Des Beweises nicht bedürftig sind erhebliche Thatsachen, wenn sie gestanden, nicht bestritten, oder nicht bestreitbar sind, und wenn das Bestreiten gesetzlich zum Beweise verpflichtet.

I. Das gerichtliche Geständniß[1]) bewirkt Wahrnehmung in diesem Prozesse, §. 107 (173). Es ist ein solches Geständniß (im Gegensatze von der Submission) die Einräumung von Umständen des angeführten Faktums, also Einräumung des vom Richter zu beurtheilenden Thatbestandes, auch wenn dieser Rechtsverhältnisse (Eigenthum, Erbenqualität) begreift. Diese Einräumung ist gerichtliches Geständniß, wenn sie in dem zu entscheidenden Rechtsstreite erfolgte, also bei mündlicher Verhandlung in einem Protokolle des beauftragten oder ersuchten Richters, im schriftlichen Verfahren in einer Parteischrift enthalten ist. Die Erklärung im Prozesse wird bedeutungslos, wenn die Klage zurückgenommen oder abgewiesen wird. Da der Richter bezüglich des Sachverhaltes an die Parteierklärungen gebunden ist (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621), hat er die gestandenen Thatsachen als festgestellt zu betrachten, ohne sich in eine Prüfung der Wahrheit oder Glaubwürdigkeit einzulassen. Das gerichtliche Geständniß erscheint so nicht als Beweismittel oder Beweisgrund, auch nicht als Verzicht auf den Beweis,[2]) sondern als Verzicht auf das streitige Recht, soweit es von der Wahrheit des gestandenen Sachverhaltes abhängt, als Dispositivakt.

Ein giltiges Geständniß fordert: 1. ein der Parteidisposition unterliegendes Streitverhältniß. Wirkungslos ist das Geständniß des Bestandes eines Ehehindernisses, eines Ehetrennungs-

---

[1]) Wetzell, 171. — Gesterding: Ausbeute, II. 93. — Hesse: Juristische Probleme 1872. — Demelius: Confessio. — Wendt: im Archiv f. z. P. 63. 296. — Wach, ebenda 64. 201.

[2]) Gönner: Handbuch II. 371. Heffter: System §. 225.

Digitized by Google

grundes (§. 99, 115 b. G. B., §. 13 Ehe-V.); auch kann die Behauptung der Mutter, daß ihr Kind unehelich sei, und das Geständniß des Ehebruches dem Kinde die Rechte ehelicher Geburt nicht entziehen (§. 158 b. G. B.). Wirkungslos ist zu Folge des G. v. 25 Juli 1871 R. 76 das Geständniß des Empfanges des Heiratsgutes und zwischen Ehegatten das Geständniß der Thatsachen für den Bestand eines Kauf-, Tausch-, Renten- und Darlehensvertrages; 2. die Absicht, ein thatsächliches Verhältniß für den vorliegenden Prozeß nicht bestreiten zu wollen;[3]) 3. Willens- und Dispositionsfähigkeit. Diese ist mit der Prozeßfähigkeit gegeben.

Für die Prozeßpartei gesteht mit Wirkung der Prokurator, und der Parteivertreter, §. 108 (174), ohne besonderer Vollmacht, besonderen Konsenses zu bedürfen.

Unwesentlich erscheint, ob die gestandene Thatsache von dem Gegentheile, §. 107, oder von dem Konfitenten selbst angeführt wurde, doch setzt das Geständniß begrifflich einen Nachtheil für den Konfitenten voraus. Der Annahme bedarf das Geständniß nicht. Das Geständniß wirkt als Dispositivakt nur für die Partei, welche es ablegt, nicht auch für deren Streitgenossen §. 109 (175), es wirkt nur in jenem Prozesse, in welchem es abgelegt wurde; für folgende Prozesse hat es auch nicht die Bedeutung eines außergerichtlichen Geständnisses.

Das gerichtliche Geständniß, ist unwiderruflich, u. zw. auch das Geständniß der Prokuratoren; es kann nicht durch Negation der Ernstlichkeit des Willens, durch den Beweis der Unwahrheit entkräftet werden. Die Wirkung des Geständnisses eines Rechtsfreundes kann durch Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung, die Wirkung des Parteigeständnisses durch Restitution wegen neu aufgefundener Beweise entfallen.

II. Nichtbestreiten des vom Gegner angeführten Thatbestandes hat Wahrnahme zur Folge. Doch ist zu

[3]) Ob diese Absicht animus confitendi sei, darf bezweifelt werden. Hesse a. a. O. §. 3.

Digitized by Google

unterscheiden: a) die Nichtbeantwortung eines Antrages des Gegners überhaupt, §§. 36, 46, 52 (32, 36, 42), und b) unvollständige, oder dem Gesetze nicht entsprechende Beantwortung der thatsächlichen Begründung eines Antrages, §. 11.

Nichtbeantwortung eines Antrages begründet die Wahrannahme der thatsächlichen Begründung desselben zu Folge der Verwirkung des Bestreitungsrechtes. Der Thatbestand ist unbestritten, nicht aber gestanden; er wird durch die Behebung der Präklusion bestreitbar. Die unvollständige oder nicht entsprechende Beantwortung des Thatbestandes eines Antrages ist gerichtliches Geständniß desselben, denn, wer in bestimmter Richtung streitet, in anderer nicht, zwingt zu der Annahme, daß er da, wo er schweigt, gestehen wolle.[4])

III. Die Notorität[5]) bewirkt nach der herrschenden Lehre die Befreiung vom Beweise (**notoria non egent probatione**),[6]) nur besteht Streit, was als notorisch zu betrachten sei. Es erscheint als notorisch, offenkundig, also der Feststellung nicht bedürftig, was an sich und ohne Rücksicht auf einen Streitfall unzweifelhaft ist, so daß das Leugnen lediglich als Chikane erscheint. Auch dabei kommt nicht Gewißheit, sondern nur Überzeugung in Frage.

Als so offenkundig erscheinen Thatsachen und Vorgänge, welche Alle oder die Meisten in der Welt, in einen Lande oder Orte für wahr halten, weil sie dieselben wahrgenommen haben, oder weil ihnen glaubwürdige Bestätigung zukam; ferner Thatsachen, welche Jedermann, der seine Sinne gebrauchen kann und will,

---

[4]) Wach, in Grünhuts Z. 7. 156.

[5]) Wetzell, 179. — Langenbeck, in der Zeitschr. f. d. Z. P. 4. 170. — Groß: Beweislehre I. 47. — Wach: Vorträge 156.

[6]) Gesetzliche Belege für das österr. R. enthalten §. 53, 1108. b. G. B., §. 406 (539) G. O. Für die von Amtswegen festzustellenden Umstände ist Bezug zu nehmen auf §. 1 J. N., §. 64 (57) G. O., §. 7 Abv. O. — Dazu §. 2 K. P. v. 9. Aug. 1854 R. 208 und §. 35 Bag. V.

Digitized by Google

so zugänglich sind, daß sie nicht leicht verkannt werden können. — Neben dieser Kenntniß, welche der Richter mit der Menschheit bez. mit den Einwohnern seines Bezirkes theilt, besteht für den Richter noch die Gerichtskundigkeit. Sie begreift die Kenntniß von Thatsachen, welche den Gerichten von den Staatsbehörden bekannt gemacht wurden, und die Kenntniß von Thatsachen, welche aus einem gerichtlichen Vorgang gewiß sind, ohne einer Erhebung aus den Akten zu bedürfen.

Offenkundige Thatsachen hat die Partei, welche daraus Rechte ableitet, zu behaupten; eine Bezugnahme auf die Offenkundigkeit statt des Beweises ist nicht nothwendig. Der Widerspruch offenkundiger Thatsachen ist wirkungslos; ein Beweis der Unwahrheit hat keinen Raum, wohl aber kann die Offenkundigkeit zweifelhaft gemacht werden. Ist sie zweifelhaft geworden, so hat der Richter nicht den Beweis der Notorität, sondern den Beweis der entscheidenden Thatsache zuzulassen,[7]) weil diese Thatsache nicht schon festgestellt erscheint, sondern erst festzustellen ist. Ergibt aber der zugelassene Beweis Offenkundigkeit,[8]) so ist diese Offenkundigkeit entscheidend.

Werden offenkundig unrichtige Thatsachen von der Gegenpartei nicht bestritten, so hat sie der Richter für wahr zu halten, weil er in Ansehung des Thatbestandes, soweit er ihn nicht von Amtswegen festzustellen hat, an das Vorbringen der Partei, an das, was sie gestehen und bestreiten wollen, gebunden ist.

IV. Vom Beweise befreien die vom Gesetze aufgestellten Interimswahrheiten. Es gebietet das Gesetz in einzelnen Fällen eine Thatsache bis zum Beweise des Gegentheils für wahr zu halten (z. B. §§. 23, 518, 1232, 1237 b. G. B., Hfd. v. 10. April 1839 Nr. 355 betreffend den Gesindelohn), und bedient

---

[7]) Anders wohl Wach a. a. O., und gewiß Langenbeck a. a. O. 493; die Partei darf sich zum Beweis der Offenkundigkeit erbieten.

[8]) Z. B. die Zeugen bestätigen die allgemeine Wahrnehmung.

Digitized by Google

sich bei Aufstellung solcher, die Beweislast regelnden Bestimmungen der Bezeichnung Vermuthen, obwohl die Bestandtheile einer gesetzlichen Vermuthung fehlen.

§. 77.

Die indirekte Beweisführung.

Die Beweisführung ist eine indirekte, wenn Thatsachen festgestellt werden, aus welchen sich Gründe für oder gegen die Wahrheit der im Prozesse erheblichen Thatsache ergeben. Die indirekte Beweisführung hat, abgesehen von dem Beweise der Existenz und des Inhaltes einer abhanden gekommenen Urkunde (§. 722 b. G. B.) statt, wenn die Voraussetzungen einer gesetzlichen Vermuthung, oder einer gemeinen Schlußfolgerung, oder ein außergerichtliches Geständniß festgestellt werden.

I. Gesetzliche Vermuthungen[1]) sind Anordnungen, nach welchen bei Bestand einer Thatsache eine andere für den Prozeß erhebliche Thatsache als wahr anzunehmen ist, obwohl diese (vermuthete Thatsache) aus jener (dem Indiz, Vermuthungsgrund) nur mit Wahrscheinlichkeit folgt. Der Vermuthungsgrund ist im Streitfalle zu beweisen; die gesetzliche Vermuthung befreit also nicht vom Beweise, sondern erleichtert ihn durch Änderung des Beweissatzes.

Die gesetzliche Vermuthung ist normal eine einfache (widerlegbare, praesumtio juris), also dem Gegner Beweis vorbehalten, daß im vorliegenden Falle der Schluß von dem Vermuthungsgrund auf die vermuthete Thatsache unzulässig sei;[2]) ausnahmsweise ist die gesetzliche Vermuthung eine qualifizirte, (unwiderlegbare, praesumtio juris ac de jure), bei welcher der Gegner

---

[1]) Unger: System II. 577. Endemann: im Archiv f. z. P. 41. 335; Demelius: Die Rechtsfiktion.

[2]) Z. B. §§. 24 und 278, 138, 155, 163, 924, 1427, 1429, 1430 b. G. B.

Digitized by Google

wohl zum Beweis des Nichtbestandes der Prämisse, nicht aber auch zum Beweis der Unstatthaftigkeit der Schlußfolgerung zugelassen ist.[3])

Fehlen die Merkmale der gesetzlichen Vermuthung (Vermuthungsgrund, vermuthete Thatsache, und die beide verbindende Rechtsregel), so ist, wo das Gesetz sich der Bezeichnung Vermuthen bedient, eine unechte Vermuthung gegeben. Das b. G. B. speziell kleidet in die Form einer Vermuthung: 1. Interimswahrheiten (s. oben §. 76. IV); 2. Dispositivbestimmungen, mit welchen angeordnet wird, was die Partei bei ausreichendem Vorbedacht verfügt hätte;[4]) 3. Auslegungsregeln;[5]) 4. die Motivirung der gesetzlichen Bestimmung;[6]) 5. Anordnungen, mit welchen es die Partei in einer Annahme, einem Fürwahrhalten unterstützen will.[7])

II. Die gemeine Schlußfolgerung ist die Ableitung der Wahrheit einer beweisbedürftigen Thatsache aus einer oder mehren anderen Thatsachen (Indizien) nach Vernunft- und Erfahrungssätzen. Es besteht hier, wie bei der gesetzlichen Vermuthung eine Beziehung zwischen dem Vermuthungsgrund und der vermutheten Thatsache, nur fehlt es an der Rechtsregel für die Wahrnahme der letzteren. Bei legaler Beweistheorie entsteht die Frage, ob der Richter als wahr annehmen darf, was sich nach Vernunft- und Erfahrungssätzen aus anderen Thatsachen folgern läßt?

Der Richter ist zur Wahrnahme berechtigt, wo ihn das Gesetz auf solche Schlußfolgerung verweist.[8]) Es beruht zweifellos

---

[3]) Ar. 274 H. G. B.

[4]) Vgl. §§. 209, 607, 620, 1084.

[5]) Vgl. §§. 479, 667, 675, 683, 1029.

[6]) §§. 388, 1297.

[7]) §§. 1030, 1033 b. G. B. Dazu ar. 47, 49, 50 H. G. B.

[8]) Eine solche Verweisung enthalten insbesondere die Gesetze v. 16. März 1884 R. 35 und 36; das zit. Gesetz R. 36 bekennt sich aber auch zu dem Grundsatz freier Beweiswürdigung.

Digitized by Google

auf der Schlüssigkeit der Thatsachen der Sachverständigenbeweis, die Feststellung der Echtheit von Urkunden durch Vergleichung der Handschriften, und die gerichtliche Todeserklärung.[9]) Darüber hinaus wird an der Zulässigkeit indirekter Beweisführung gezweifelt. Man hält sie durch die Legaltheorie grundsätzlich ausgeschlossen,[10]) und findet Anstoß an §. 105. Dieser §. 105 a. G. O., deutlicher §. 171 g. G. O. tritt aber bloß der für die Vertheilung der Beweislast aufgestellten Präsumtionstheorie entgegen, und man muß sich, um Absurdität zu vermeiden, dazu bekennen, daß sich der Richter bei Vorlage von Umständen, welche keinen Grund zu zweifeln übrig lassen, daß eine Thatsache wahr oder nicht wahr sei, für überzeugt erklären müsse. Der Richter wird sich nicht bloß dann für überzeugt halten, wenn die ungewisse Thatsache aus den gewissen Thatsachen mit innerer Nothwendigkeit folgt (praesumtio necessaria),[11]) sondern auch dann, wenn von der einen auf die andere Thatsache mit Verläßlichkeit geschlossen werden kann (pr. violenta).[12]) Die Berechtigung zur Wahrannahme bei solcher Schlußfolgerung findet der Richter im §. 112 und 368 b. G. B., die Nöthigung zur Wahrannahme darin, daß es

---

[9]) Canstein: Lehrb. II. 436 rechnet dazu noch den Beweis durch Urkunden, wenn die Wahrheit des Beweisthema durch Interpretation festzustellen ist, und den Beweis durch Handelsbücher.

[10]) Canstein a. a. O.

[11]) Unger: System II. 578; Alibi, Beweis der Unechtheit durch den Nachweis, daß der angebliche Aussteller der Urkunde nicht schreiben kann.

[12]) Vergl. Ent. v. 26. Feber 1884, Jur. Bl. 1885: 37; der Beweis der Beiwohnung kann durch Zeugen ohne direkte Bestätigung des materiellen Aktes der fleischlichen Vereinigung hergestellt werden. Praesumtiones hominis (wenn die Schlußfolgerung nur die Möglichkeit der Thatsache ergibt), probabiles und temerariae sind werthlos. — Krainz, System, Grundriß 1, S. 153: „Wo der Schluß eine Wahrscheinlichkeit schafft, neben ihm aber noch ein anderer Schluß möglich bleibt, entsteht nur eine Vermuthung (praesumtio, indicium), welche regelmäßig vom Beweise nicht entbindet."

Digitized by Google

Thatsachen gibt, die überhaupt nicht sinnlich wahrnehmbar sind (Absicht, dolus, bona, mala fides, Irrthum), so daß nur Schlußfolgerung von dem, was erkennbar wurde, maßgebend sein kann, und ferner darin, daß Negativen nur durch Schlußfolgerung zu begründen sind.[13])

III. Das außergerichtliche Geständniß[14]) ist die außerhalb des gegenwärtigen Rechtsstreites gemachte Parteiaussage über die in diesem Streite relevanten Verhältnisse. Wer sich auf ein solches Geständniß beruft, hat Bestand und Inhalt des Geständnisses zu beweisen; die Beweisführung ist also auch hier eine indirekte.

In Betrachtung kommt hier lediglich das Thatsachengeständniß ohne rechtsgeschäftlichen Inhalt. Die Anerkennung[15]) d. h. die vertragsmäßige Feststellung eines Anspruches, fällt in das Zivilrecht; ebenso das Geständniß wahrer oder unwahrer Thatsachen mit dem Willen, hierdurch in seiner Rechtssphäre zu verfügen, Rechte zu begründen, auf Rechte zu verzichten.[16])

Von dem Thatsachengeständniß ohne rechtsgeschäftlichen Inhalt fordert man gemeinhin den animus confitendi; das mit solchem animus abgelegte Geständniß erklärt man als vollbeweisend; das ohne solchen animus abgelegte Geständniß erklärt man, sei ein

---

[13]) Schrutka-H. a. a. O. S. 34 beschränkt den Indizienbeweis auf die im Gesetze ausdrücklich zugelassenen Fälle.

[14]) Wetzell 196; Haimerl: Magazin 8; Hesse: Probleme; Demelius: Confessio; Canstein: Anerkennung und Geständniß, in der Zeitschr. f. d. Z. P. 1. 254; Wendt: Beweis, im Archiv f. z. P. 63. 291; Wach: Geständniß, ebenda 64. 291.

[15]) Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund; Schlesinger: die Lehre von den Formalkontrakten; Bruns: in der Zeitschr. f. R. G. I. 126 und A.

[16]) Vgl. §. 177 g. G. O.

Digitized by Google

schlichtes Geständniß, ein Indiz, dem im Bereiche der Legaltheorie keine Bedeutung zukommen würde.[17])

Der animus confitendi wird verschieden bestimmt. Man erklärt, erfordert sei damit eine Erklärung dem Gegner oder dessen Stellvertreter gegenüber; eine Erklärung an unbetheiligte Dritte sei bloßes Indiz, weil man nur dem gestehe, „der die Macht und das Recht hat, einen bei dem Gestandenen zu behaften",[18]) oder weil diese formelle Seite des außergerichtlichen Geständnisses „die Vermuthung reiflicher Überlegung und des Bewußtseins von der juristischen Bedeutung der eingestandenen Thatsache begründet".[19]) Man geht auch weiter, und findet in der Erklärung gegenüber dem Gegner und seinem Vertreter ein Vertragselement, die Kundgebung des Willens, eine erhebliche Thatsache nicht bestreiten zu wollen, den Gegner von der Beweispflicht zu befreien[20]) und erklärt sohin das außergerichtliche wie das gerichtliche Geständniß als Dispositivakt.[21]) Man konstruirt auch einen Beweisvertrag, ein Obligiren zum Nichtbestreiten oder zum Nichtbehaupten.[22])

Der Beweisvertrag erscheint als unzulässiges Paktiren über die richterliche Überzeugung;[23]) die Annahme, das außerg. Geständniß sei ein Dispositivakt, erscheint hinfällig, sobald man den Beweis des Gegentheils zuläßt.[24]) Eine Erklärung gegenüber dem Gegner erscheint nicht wesentlich, wenn nur sonst der Gestehende

---

[17]) Canstein: Lehrb. II. 435 nimmt an, das schlichte Geständniß diene zur Beweisergänzung, eventuell auch zur Herstellung der ersten halben Probe.

[18]) Heusler, im Archiv f. z. P. 62. 297.

[19]) Wetzell 201.

[20]) Canstein: Lehrb. II. 91.

[21]) Vgl. Demelius: Confessio 35.

[22]) Windscheid: Lehrb. §. 412 a.

[23]) Bülow, im Archiv f. z. P. 64. 65; Wach, ebenda 64. 225. — Kind: in der Jur. Vierteljahresschrift 1, 30.

[24]) So Canstein a. a. O. 96.

Digitized by Google

sich der rechtlichen Tragweite und der Bedeutung seiner Erklärung bewußt ist.

Das außergerichtliche Geständniß ist ein der Partei nachtheiliges Selbstzeugniß, und erfordert wie ein anderes Zeugniß die Wissenschaft des Gestandenen, daher auch die dazu erforderliche Wahrnehmungsfähigkeit, die Fähigkeit zur Aussage, und das Bewußtsein von der Ernstlichkeit der Aussage. Liegen die Umstände so, daß dem Richter kein Grund zu zweifeln bleibt, daß sich die Sache wirklich so verhalte, wie es die Partei an einem dritten Orte angegeben hat, so ist das Geständniß überzeugend, gleichviel ob es gegenüber dem Gegner, oder vor Zeugen, ob es schriftlich oder mündlich abgelegt wurde.

Die G. O. stellt das außergerichtliche Geständniß in einen Gegensatz zum gerichtlichen Geständniß, und fordert für die Beweiskraft des außergerichtlichen Geständnisses im §. 110 (176):

1. daß es eine Bestätigung der Wahrheit enthalte. Die G. O. faßt also das außerg. G. als Zeugniß auf,[25]) und als solches setzt es voraus, die Erfahrung der Thatsache durch eigene Wahrnehmung oder Erkundigung, die Fähigkeit zur Bestätigung und die Glaubwürdigkeit dieser Bestätigung. Es erscheinen sonach unfähig zum außerg. G. wie zum Zeugnisse jene, welche wegen ihrer Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit die unzweifelhafte Wahrheit nicht können an den Tag legen, folglich auch Unmündige, §. 140 a (214);

2. daß das Geständniß über Befragen Jemands geschehen sei, von welchem der Gestehende wußte, daß ihm daran gelegen sei, die Wahrheit zu erfahren. Ein solches Interesse hat der Gegner oder dessen Vertreter, nach der Sachlage auch ein Dritter, so Derjenige, der sich für die Übernahme einer Forderung entscheiden soll. Die Form von Frage und Antwort ist zweifellos unerheblich; entscheidend ist nur das Bewußtsein von der rechtlichen Bedeutung der Erklärung; daher erscheint das Geständniß des §. 163 b. G. B.

[25]) So auch Schrutka-H. a. a. O. S. 39.

Digitized by Google

von jenem des §. 110 G. O. nicht verschieden,[26]) und ein Geständniß auch durch konkludente Handlungen möglich.[27]) Dem Prodigus ist die Einsicht in die Tragweite seiner Handlungen abgesprochen, und damit den außerg. Geständnissen desselben rechtliche Bedeutung genommen.[28]) Gleiches nimmt man für Minderjährige an,[29]) doch scheint es richtiger, Geständnisse jugendlicher Personen[30]) gemäß §. 142 e und f (217) als bedenklich zu behandeln;

3. einen Nachtheil für den Konfitenten. Dieses im Begriffe des Geständnisses liegende Erforderniß macht die Unterstützung durch eine zweite übereinstimmende Aussage überflüßig.

Aus dem Dargestellten folgt: a) daß das außerg. G. nicht bloß für einen bestimmten Rechtsstreit, sondern für alle Fälle entscheidend ist, in welchen die gestandene Thatsache relevant wird. Das gerichtliche Geständniß hat für einen weiteren Prozeß nicht die Bedeutung eines außerg. Geständnisses §. 107 (173); das Geständniß vor dem Gemeindevermittlungsamte ist (nach §. 4, G. v. 21. Sept. 1869 R. 150, §. 19 des Landes-G. f. Böhmen v. 10. Feber 1873 Nr. 12 L. G. B.) anderorts unverwendbar; — b) daß es als nachtheiliges Selbstzeugniß von der Partei selbst auszugehen hat. Der Vertreter gesteht wirksam eigene Handlungen (Vgl. §. 207 [280]), ein Bevollmächtigter bedarf einer Ermächtigung zu diesem Geständnisse;[31]) — c) daß es durch den Beweis von Scherz und Schein, durch den Beweis der Unwahrheit, oder der

---

[26]) Helm, in Wagners Z. 1883 I. 69.

[27]) Schrutka-H. a. a. O. S. 41 fordert Ausdrücklichkeit.

[28]) Bethmann-Hollweg: Versuche 308.

[29]) Wetzell 201.

[30]) Die a. G. O. zieht die Grenze mit 20, die g. G. O. mit 18 Jahren.

[31]) Vgl. §. 426 Straf. P. O. v. J. 1853. Anders Canstein: Lehrb. II. 93 Note 44: „Täglich werden Schuldscheine und überhaupt Geständnißurkunden von Bevollmächtigten ausgestellt." — Das bedeutet doch nur, daß täglich Rechtsgeschäfte durch Machthaber abgeschlossen werden.

Digitized by Google

Unglaubwürdigkeit entkräftet werden kann. Es wird bei einem auf Erkundigung beruhenden Geständniß genügen, die Auskunftsquelle als unzuverlässig darzustellen;[32]) — d) daß das außerg. G. die Überzeugungskraft verliert, wenn der Nachtheil des Konfitenten ein bloß scheinbarer ist oder sein kann. Unwirksam ist daher das Geständniß von Eheungiltigkeits- und Ehetrennungsgründen (§§. 99, 115 b. G. B., §. 13 Ehe-P.).

Die aus dem Erfordernisse des **animus confitendi** abgeleitete Folge, daß das außerg. Geständniß nur jenem, zu dessen Gunsten es abgelegt wurde, gegen den Konfitenten zu Statten komme,[33]) ist mit der hier vertretenen Auffassung des außerg. Geständnisses als Aussage nicht vereinbar. Steht fest, daß das außergerichtliche Geständniß dem Konfitenten zum Nachtheile gereicht, dann ist kein Grund vorhanden, das an sich glaubwürdige Zeugniß bloß gegen den Konfitenten wirken zu lassen. Die G. O. stellt eine dem §. 109 (175) entsprechende Beschränkung der Beweiskraft des außerg. Geständnisses nicht auf; das b. G. B. hat nicht bloß die Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes (§. 159), sondern auch die Bestätigung des Empfanges eines Heiratsgutes (§. 1226) gegen Jedermann beweiskräftig erklärt.

Der §. 110 (176) spricht bloß von mündlichen außerg. Geständnissen; doch gelten die hier zum Ausdruck gelangten Grundsätze auch für das schriftliche Geständniß. Das Bewußtsein des Konfitenten, daß das Geständniß gegen ihn benützt werden kann und wird, gelangt bei dem schriftlichen Geständnisse durch die Übergabe der Urkunde zum Ausdruck. Beruft sich Jemand auf die in seinen Händen befindliche Urkunde, so gilt bis zum Beweise des Gegentheils die Annahme, daß ihm diese Urkunde vom Aussteller zu Beweiszwecken übergeben wurde. Wieweit das außerg. schriftliche Geständniß zur Beweiskraft einer besonderen Form (G. v.

[32]) Wach a. a. O. 217.

[33]) Wetzell 202; Canstein: Lehrb. II. 94.

Digitized by Google

25. Juli 1871 R. 76), und eines bestimmten Alters der Urkunde (§. 49 Kon. O.) bedarf, ist im Urkundenbeweis auszuführen.

§. 78.

Die Beweisführung und Beweiswürdigung im ordentlichen Prozesse und in den summarischen Prozessen.

Nach der G. O. ist der Beweis Parteisache: der Richter hat die Wahrheit nicht zu erforschen; er hat den Beweis zu erwarten, nicht zu fordern; er hat ohne besondere Anweisung auch nicht zur Beibringung der Beweismittel aufzufordern.

Die Parteien haben die Beweismittel, von welchen sie Gebrauch machen wollen, ebenda, wo sie das Faktum erzählen, anzuführen und beizuschließen (Beweisantizipation). Daraus erwächst der Partei, welche die Behauptung des Gegners bestreitet, die Nöthigung, auch gegen die für diese Behauptung angebotenen Beweise anzukämpfen. Das Instruktionsverfahren der G. O. umfaßt also auch Beweishandlungen und Beweisverhandlungen; doch ist mit Schluß desselben nur der Urkundenbeweis abgeführt, wenn er nicht selbst Anlaß zum Eid, oder zu einem Zeugen- oder Sachverständigenbeweis gibt. Den Eid der Parteien, die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen hat der Richter mit Urtheil zuzulassen. Dieses Urtheil war nach der a. G. O. ein bedingtes Endurtheil, also ein Urtheil, in welchem über die Streitsache für den Fall des Gelingens und des Mißlingens des Beweises entschieden wurde. Ein solches bedingtes Endurtheil ergeht derzeit noch, wenn ein Parteieid in Frage kommt; der Zeugen- und Kunstverständigenbeweis wird dagegen in einem Beiurtheile zugelassen, welchem die Antretung, Aufnahme und Ausführung des Beweises, ein neuerlicher Abschluß der Verhandlung, und die Fällung der Endentscheidung nachfolgt. Im Falle eines Beiurtheiles steht also zwischen dem Instruktions- und Erkenntnißverfahren ein besonderes Beweisverfahren. Ist zu besorgen, daß ein Beweis durch Zeugen und Sachverständige bei Aufschub der

Digitized by Google

Beweisaufnahme vereitelt würde, so kann noch vor Beginn des Prozesses, oder neben demselben eine Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse statthaben. Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Beweismittel, und bei der Bewerthung der Beweisgründe ist der Richter an gesetzliche Beweisregeln gebunden.

In den summarischen Prozessen sind die Vorschriften für das Beweisverfahren, und auch die Beweisregeln manigfaltig modifizirt. Das Beweisverfahren ist in einzelnen summarischen Prozessen (Besitz-, Bag.-V.) ein Bestandtheil der einheitlichen Instruktionsverhandlung geworden, in anderen in den Grundzügen so belassen, wie es die G. O. gestaltet hat. Dem Richter ist in den summarischen Prozessen ein erweiterter Einfluß auf die Thatsachenfeststellung eingeräumt, doch sind die Grenzen dafür bald enger bald weiter gesetzt. Die Beweisregeln der G. O. sind in den summarischen Prozessen bald schlechthin beibehalten, bald abgeschwächt, im Bag.-V. aber zum erheblichsten Theile fallen gelassen.

Diese Sachlage nöthigt, die für das gesammte Prozeßrecht fundamentale Beweislehre der G. O. für sich und im Zusammenhang mit dem in der G. O. vorgezeichneten Prozeßgang, mit welchem die Beweisregeln (bei Eid und Urkundenbeweis) manigfach verwoben sind, zur Darstellung zu bringen, und in den summarischen Prozessen auf diese Grundlehre vom Beweise Bezug zu nehmen.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Der Abschluß.

§. 79.

Durch Abweisung der Klage.

Das mit Klage bei Gericht anhängig gemachte Streitverfahren kann abschließen mit der Abweisung der Klage, oder mit der Erledigung der Streitsache.

Die Abweisung der Klage erfolgt, wenn das Verfahren oder das Urtheil aus formellen Gründen unzulässig erscheint. Der Richter hat

1. die Klage ohne Einleitung des rechtlichen Verfahrens mit Bescheid abzuweisen, wenn er bei der Prüfung derselben einen der von ihm festzustellenden prozessualischen Mängel erkannt hat;

2. das eingeleitete Verfahren mit Bescheid einzustellen, wenn im Laufe desselben die Prozeßunfähigkeit der selbsthandelnden Partei (Hfd. v. 4. Juni 1789 Nr. 1015, §. 58 g. G. O.), oder eine durch Präklusion der Inkompetenzeinrede nicht beseitigte Unzuständigkeit (§. 48 J. N.) hervortritt, oder wenn der Strafrichter die Sache an sich zieht und entscheidet;

3. den Beklagten von der Instanz zu entbinden, wenn dessen Einrede der Inkompetenz, Litispendenz oder Prävention durchgreift, oder der Klagrückerlag begründet erscheint. Diese **absolutio ab instantia** erfolgt im ordentlichen Prozesse auf Grund einer Vorverhandlung mit Urtheil; im Summ.-V. (§. 26) und Bag.-V. (§. 30) hat eine besondere Verhandlung über den Gerichtsstand und den Rückerlag der Klage nicht statt; die Einrede rechtskräftiger Feststellung der Streitsache verliert hierdurch den Charakter einer Prozeßeinrede; aber auch über die Kompetenz ist erst nach

Digitized by Google

durchgeführter Streitverhandlung zu entscheiden; doch ist das Verfahren mit Bescheid einzustellen, wenn schon früher die Inkompetenz (oder die Unzulässigkeit des Bag.-Verfahrens) offenbar wird.

§. 80.

Durch Erledigung der Streitsache.

Erledigt wird die Streitsache

A) ordentlicherweise durch Richterspruch. Der Richterspruch über die Streitsache ergeht normal in der Form eines Urtheiles, ausnahmsweise (im Besitz-V., bei Erledigung der Rechtssache mit Mandat, im Exekutivverfahren bei Submission oder Kontumaz) mit Bescheid.

Der Richterspruch enthält eine vollständige oder theilweise Bejahung oder Verneinung des Klageanspruches, oder auch nur die Entscheidung über den bereits spruchreifen Theil des Klageanspruches (Theilurtheil neben dem Beiurtheile auf Zeugen- oder Sachverständigenbeweis, oder Theilurtheil nach §. 76 Bag.-V.), mit Vorbehalt der Entscheidung über den unerledigten Theil des Klageanspruches nach Abschluß des dafür maßgebenden Verfahrens. Der Richterspruch ist die endgiltige Erledigung der Streitsache, ausgenommen a) im Falle eines Mandates, in welchem dem Beklagten die Vertheidigung unbeschränkt vorzubehalten, und sohin über die gegen das Mandat eingebrachten Einwendungen nach durchgeführter Verhandlung zu entscheiden ist, ob das Mandat aufrecht erhalten oder fallen gelassen werde; b) im Falle beschränkter Kognition (§. 15 Bestand-V., Besitz-V.), in welchem Falle die Entscheidung durch das gesetzlich vorbehaltene zweite Streitverfahren entkräftet werden kann; c) im Falle der Klage eine dilatorische Sacheinrede entgegensteht, zu Folge welcher der Anspruch für jetzt, in dieser Art unzulässig erscheint.

Geht aus dem Faktum für die Partei ein anderes Recht hervor, als worauf sie ihr Begehren gestellt hat, so ist der Vorbehalt dieses Rechtes in der absolutorischen Entscheidung im

Digitized by Google

§. 326 g. G. O. zugelassen; doch ist ein solcher richterlicher Vorbehalt an sich bedenklich, mit der a. h. Ent. v. 12. Jeber 1846 Nr. 933 nicht gut vereinbar, und zur Hintanhaltung der exceptio rei judicatae gewiß nicht erforderlich.

Bedingte Rechtsverhältnisse können durch Richterspruch nur bedingt festgestellt werden. Bedingte Kondemnation ist zugelassen, wenn lediglich eine Gegenleistung (§. 1052 b. G. B.), oder die Ablegung oder Verweigerung eines Eides in Frage kommt. Die von einem Eid bedingte Kondemnation wird durch den Purifikationsbescheid des Richters, die von einer Gegenleistung bedingte Kondemnation durch diese Gegenleistung unbedingt und vollstreckbar.

Der Richterspruch ist Entscheidung (decisio), d. h. Beurtheilung, ob und inwieweit aus den Umständen des Rechtsfalles der Antrag auf Anerkennung des Anspruches sich rechtfertigt. Diese Entscheidung erfolgt im Mandatsfalle auf Grund des Inhaltes der Klage, in der Regel aber auf Grund einer Parteiverhandlung, welche im Falle des Verzichtes oder des Ungehorsams frühzeitig abgeschlossen wird.

Die gerichtliche Würdigung des geltend gemachten Sachverhaltes entfällt bei Submission; diese ist Anerkennung des Klageanspruches mit Verzicht auf den Prozeß.[1]) Diese einseitige Anspruchsfeststellung (confessio in jure) ist ein Dispositivakt, welcher (bewußtes Wollen und Anerkennen vorausgesetzt) nicht rückgängig gemacht werden kann, und nur bei einem durch Willkür zu ordnenden Rechtsverhältniß zulässig erscheint.[2]) Parteivertreter bedürfen zur Submission besonderer Ermächtigung.[3]) — Die Submission ist Urtheilssurrogat,[4]) aber doch ein prozessualischer Akt

[1]) Wach: Geständniß, im Archiv f. z. P. 64. 246; — Canstein: Anerkennung und Geständniß, in der Zeitschr. f. d. Z. P. 1. 257.

[2]) Submission ist also wohl bei Klagen auf Scheidung, nicht aber auch bei Klagen auf Trennung oder Ungiltigkeit einer Ehe zulässig §§. 3, 14 Ehe-V.

[3]) Vgl. §. 1008 b. G. B. und §. 108 (174) G. O.

[4]) Savigny: System 7. §. 303.

Digitized by Google

(Erklärung vor Gericht), welcher den anhängigen Rechtsstreit abschließt, und einen Ausspruch des Richters zur Folge hat, der festzustellen hat, daß die Anerkennung subjektiv und objektiv giltig, und der anerkannte Anspruch staatlich geschützt, also exequirbar sei. Die Submission befreit den Beklagten von dem Ersatze der dem Kläger bereits erwachsenen Prozeßkosten nicht, sofern er zur Klage Veranlassung gegeben hat;[5]) über diese Kosten ist bei Abgang von Verzicht oder Vergleich zu entscheiden, und gegen diese Entscheidung Rechtsmittel zulässig.

B) Außerordentlicherweise wird die Streitsache erledigt:

1. durch Vereinigung der Parteirollen in einer Person;

2. durch gerichtliche Entsagung. Im Laufe des gerichtlichen Verfahrens vollzieht sich die Streitentsagung dadurch, daß der Kläger die dem Beklagten zugestellte Klage zurücknimmt. Die Zurücknahme verpflichtet den Kläger zum Ersatze der dem Beklagten bereits erwachsenen Kosten, über welche eventuell der Richter mit Urtheil zu erkennen hätte, und schließt die Wiedererhebung derselben Klage aus (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620), erscheint also nicht bloß als Verzicht auf den Streit, sondern als gerichtlicher Verzicht auf den in der Klage erhobenen Anspruch (**renuntiatio litis et causae**).[6]) Eine Ausnahme hat statt: a) wenn der Beklagte die Wiederholung der Klage zugesteht, b) wenn der Kläger erst aus den Behelfen des Beklagten die Nothwendigkeit der Vertretungswerbung erkennt (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). und bei Wiederholung der Klage mit einem Vertretungsleister auftritt, oder die Streitverkündigung und die Berechtigung, Vertretung zu fordern, ausweist; c) wenn die Klage mit Bezug auf eine

[5]) G. U. 6404.

[6]) Dagegen Klein: Schuldhafte Parteihandlung, S. 31 Note; die Kostenerstattung ist die einzige Differenz zwischen der Zurücknahme vor und nach der Klagemittheilung.

Digitized by Google

geltend gemachte prozeßhindernde oder dilatorische Einrede zur Zeit zurückgezogen wird.[7])

3. durch gerichtlichen Vergleich, d. i. vor Gericht vereinbarte Bestimmung des mit Klage geltend gemachten „willkürlichen Rechtes" (§. 1375 b. G. B.). Vergleichsverhandlungen kann nur der Prozeßrichter erster Instanz, er kann sie nur über eine mit Klage anhängig gemachte Rechtssache, §. 1, (in summarischen Rechtssachen bei den Wiener Bezirksgerichten über Klageanmeldung) vornehmen. Von Amtswegen hat er einen Ausgleich zu versuchen im Ehe-P. §. 3, Besitz-P. §. 11, Summ.-P. §. 23 und Bag.-P. §. 23; in anderen Fällen hat er einen Parteiantrag abzuwarten (Hfd. v. 23. September 1785 Nr. 469). Ein solcher Antrag ist niemals einseitig abzuweisen (M. E. v. 6. Mai 1851, Z. 3316), sondern die Vernehmung beider Theile anzuordnen, bei welcher sich der Richter mit Anstand und Bescheidenheit für den Ausgleich zu verwenden hat, §. 269 (357).

Vergleichsverhandlungen hemmen den Prozeß nicht, §. 268 (356); das Verfahren darf nur über Einverständniß beider Theile ausgesetzt werden und ist über einseitigen Antrag sofort durch Anordnung neuer Frist oder neuer Tagsatzung in Lauf zu setzen. (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). Bei Anzeige beider Theile, daß die Streitsache außergerichtlich geordnet wurde, kann die Zustellung des mittlerweile in erster oder höherer Instanz geschöpften Urtheiles unterbleiben,

Der gerichtliche Vergleich ist zu Protokoll zu nehmen, und sind den Parteien über Verlangen Intimate auszufolgen (Hfd. vom 18. Juni 1813 Nr. 1054). Der unbedingte Vergleich beendet den Streit und ist exequirbar. Bei dem von einer einverständlich festgesetzten Beweisführung bedingten Vergleich ist das Ergebniß der Beweisführung festzustellen u. zw. in gleicher Weise, wie wenn das Vergleichsergebniß durch Richterspruch er-

[7]) G. U. 5478.

Digitized by Google

reicht worden wäre. Der von einem Eid bedingte Vergleich wird also durch den gerichtlichen Bescheid über die Leistung oder Verweigerung des Eides purifizirt. Einem Vergleich auf Zeugen- und Sachverständigenbeweis hat das Beweisverfahren nach den für die Streitsache geltenden Bestimmungen zu folgen; daraufhin hat der Richter mit Urtheil zu erkennen, weil die Frage, ob der vereinbarte Beweis gelungen sei, der Entscheidung bedarf, gegen welche den Parteien die normalen Rechtsmittel gewahrt bleiben müssen.

Das österreichische Recht kennt nicht die Prozeßverjährung des älteren römischen Rechtes, wonach der Rechtsstreit, wenn er binnen bestimmter Frist nicht beendet war, von selbst und mit der Wirkung erlosch, daß das Recht nicht mehr geltend gemacht werden konnte; es kennt auch nicht die Peremtion der Instanz des französischen Rechtes, wonach der Prozeß, wenn er durch drei Jahre geruht hat, über Verlangen des Beklagten annullirt wird mit der Wirkung, wie wenn gar nicht prozessirt worden wäre. Der Prozeß nimmt aber auf die Verjährung Einfluß, indem nach §. 1497 b. G. B. die Anstellung, d. i. die Überreichung und nicht erst die Zustellung der Klage eine Unterbrechung bewirkt, wenn über die Klage vom zuständigen Richter das rechtliche Verfahren eingeleitet, und die Klage gehörig fortgesetzt wird, also der Prozeß nicht liegen bleibt. In Folge der Judikatsobligation läuft für das urtheilsmäßig zuerkannte Recht eine neue Verjährung: im Falle der Abweisung der Klage schützt die exc. rei jud.[8]) Die Wechselverjährung wird nicht schon durch die Überreichung, sondern erst durch die Zustellung der Klage unterbrochen, doch mit dem Effekt, daß von da ab im Falle des Liegenbleibens des Prozesses eine neue Verjährung läuft (ar. 80 W. O.).[9])

[8]) Unger: System II. 426.

[9]) Ent. v. 12. November 1884, Spr. R. 118: „Im Wechselverfahren ist zur Unterbrechung der Verjährung die gehörige Fortsetzung der Klage nicht erforderlich. (Unrichtig ist, daß eine fünfjährige Ruhe des Prozesses irrelevant sei.)

Digitized by Google

Dritter Titel.

Der Prozeßgang.

Erstes Kapitel.

Das ordentliche Verfahren.

I. Abschnitt.

Das Instruktionsverfahren mit Ausschluß des Beweisverfahrens.

§. 81.

Schriftliches und mündliches Verfahren.

I. Die G. O. statuirt ein schriftliches und ein mündliches Verfahren §. 15 (16). Diese Theilung bezieht sich auf das Instruktionsverfahren, und äußert darüber hinaus nur geringfügige Nachwirkung (Vergl. Hfd. v. 5. April 1791 Nr. 134). Das schriftliche Verfahren bildet die gesetzliche Regel (insgemein ist schriftlich zu verfahren); von dieser Regel geht die G. O. bei ihren Anordnungen aus und stellt die Sonderbestimmungen für das mündliche Verfahren im zweiten Kapitel zusammen. Die Darstellung des Prozeßganges muß sich dieser Regelung fügen; sie muß überall vom schriftlichen Verfahren ausgehen, und die Abweichungen im mündlichen Verfahren anfügen.

Die Verschiedenheit beider Verfahrensarten besteht darin, daß im schriftlichen Verfahren die Parteien ihre Anträge mit der entsprechenden Begründung in den dafür bestimmten Fristen in der Form von Eingaben bei Gericht anbringen, im mündlichen Verfahren aber die Nothdurftsverhandlungen bei Gericht zu Protokoll gebracht werden, wobei die im Konditionalverhältnisse stehen-

Digitized by Google

den Gegenreden der Parteien ohne Zwischenfrist aufeinander folgen, und der die Verhandlung leitende Richter auf das Parteivorbringen den gesetzlich bemessenen Einfluß nimmt.

Beiderlei Verfahren ist mittelbar schriftlich, bietet daher auch für Volksöffentlichkeit keinen Raum. Die Verhandlungsmaxime ist zu ungetrübter Geltung gebracht. Das Verfahren ist gesetzlich geordnet. Das Instruktionsverfahren umfaßt normal vier Reden: die Klage, Einrede, Replik und Duplik, im Bedarfsfalle noch eine Triplik und Quadruplik; Kontumaz und Verzicht begründen einen vorzeitigen Abschluß desselben. Der Inhalt jeder Rede ist gesetzlich bestimmt, verspätetes Vorbringen (Neuerung) bei Erledigung der Streitsache unberücksichtigt zu lassen (Konzentrationsmaxime mit Beweisantizipation). Für das schriftliche Verfahren und für schriftliche Eingaben im mündlichen Verfahren gilt Anwaltszwang. Die Verfügungen und Entscheidungen des Gerichtes ergehen schriftlich und unterliegen sofortigem Rechtsmittel.

II. Die Vorschrift der G. O. ist auch zu beobachten:

1. bei den Berggerichten, Pat. v. 1. November 1781 Nr. 27 (42. Kap. der g. G. O.),[1] doch ist da das mündliche Verfahren zur Regel erhoben, schriftliches Verfahren also von einer Vereinbarung bedingt §. 12 cit.[2] und werden nur an den Sonn- und gebotenen Feiertagen, und den öffentlichen Bettagen Ferien gehalten, §. 27 cit. (605 g. G. O.);

2. bei den Handelsgerichten, Pat. v. 9. April 1782 Nr. 41 (41. Kap. der g. G. O.) mit „folgenden Mäßigungen“: a) daß in Merkantil- und Handlungsgeschäften der Richter aus wichtigen Ursachen zur Erstattung der Satzschriften kürzere Fristen bestimmen kann, und eine Fristerweiterung ohne wichtige Ursache nicht zu bewilligen hat, §§. 4, 5 cit. (578 g. G. O.); b) daß gegen

---

[1] Schneider: Die Berggerichtsbarkeit 1872.

[2] Nach den §§. 591, 592 der g. G. O. ist schriftliches V. in gewissen Streitsachen über einseitigen Antrag zulässig.

Digitized by Google

einen bei dem Handelsgerichte in Merkantil-, Handlungs- und Wechselgeschäften geschöpften Spruch die Appellations- und Revisionsanmeldung und Beschwerde, dann die diesfälligen Einreden, die Nullitätsbeschwerde und der Rekurs binnen 8 Tagen[3]) zu überreichen sind, §. 9 cit., Hfd. v. 22. Jänner 1839 Nr. 332;[4]) c) daß die Frist zur Zahlung einer Handlungs- und Wechselschuld im Richterspruche auf 3 Tage zu bestimmen ist, §. 11 cit. (584 g. G. O.).

Die Geltung der G. O. wird bei den Handels- und Berggerichten ausgeschlossen durch den für bestimmte Rechtssachen gebotenen, oder den Parteien vorbehaltenen summarischen Prozeß. Für die bei den Bezirksgerichten zu verhandelnden Handelssachen gelten die für die Handelsgerichte gebotenen Mäßigungen nicht.[5])

III. Die Bestimmung des §. 15 (16) über die Anwendbarkeit des schriftlichen und des mündlichen Verfahrens ist veraltet; Verbalinjurien sind dem Strafrichter, kleinere Rechtssachen[6]) dem Summar- bez. Bagatell-V. zugewiesen, der Gegensatz von Land und Hauptstadt der Provinz ist durch §. 1 Pr. N. nahezu ausgeglichen. Es gilt nun als Regel, daß bei den Gerichtshöfen u. z. auch bei den Handelsgerichten[7]) schriftlich, bei den Bezirksgerichten mündlich zu verfahren sei.[8]) Von der Regel gelten Ausnahmen.

---

[3]) Nach §. 583 der g. G. O. binnen drei Tagen.

[4]) In der Ent. v. 28. Jänner 1873, Sp. N. 37 wurden die kürzeren Rechtsmittelfristen auch in einem bei dem Handelsgerichte anhängigen Exzindirungsstreit anwendbar erklärt.

[5]) Ent. v. 9. Oktober 1883 Jur Bl. 1883: 49; — v. 4. März 1885 Spruchp. 2, 235; — v. 28. Juli 1885 Ger. Z. 1885: 70.

[6]) Der Betrag der Rechtssache wird nicht durch objektive Werthermittlung festgestellt. Anders vielleicht Canstein: Lehrb. II. 551, 558.

[7]) Ent. v. 19. November 1872 Sp. N. 30.

[8]) Vgl. auch §. 4 kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 N. 208.

Digitized by Google

Es wird bei Gerichtshöfen:

1. mündlich verfahren: a) in Bergstreitigkeiten;[9]) b) in jenen Fällen, für welche das Gesetz besondere Beschleunigung gebietet. Das ist der Fall bei Rechtfertigung des Arrestes §. 281 (372), und Verbotes §. 290,[10]) wo die Streitsache unverzüglich, wenn möglich binnen drei Tagen entschieden werden soll, bei Bewilligung der Sequestration §. 293 (388), und bei Behebung des Personalarrestes wegen angebotener Sicherheit §. 280 (371); c) in Inzidenzsachen, d. s. die prozessualische Rechte und Pflichten der Parteien betreffende Anträge, über welche nach Einvernehmung des Gegners zu entscheiden ist. Über die Frage, in welcher Art die (im §. 38 und anderorts befohlene) Vernehmung des Gegentheils einzuleiten sei, bestimmt die Res. vom 31. Oktober 1785 Nr. 489, das Gesetz habe der richterlichen Beurtheilung keine bestimmte Richtschnur gegeben, weil die Art der Vernehmung wegen der Wichtigkeit des Gegenstandes und der Folgen nicht gleichförmig sein könne; die Regel sei, daß eine Tagsatzung angeordnet, und bei derselben mit einem Zeuge derlei Inzidenzien berichtigt werden;

2. eine der besonderen Verfahrensarten eingeleitet, wenn sie für die Rechtssache geboten (Ehe-V., Wech.-V.), oder der Partei (ohne Kompetenzänderung) nachgelassen ist (Exekutiv-, Mandats-V.). Die für die Rechtssache gebotene oder zugelassene besondere Verfahrensart entfällt, wenn die Richtigkeit oder Rangordnung eines Konkursanspruches im Prozeßwege festzustellen ist, §. 131 Kon. O.

[9]) Ent. v. 17. Dezember 1884, Ger. Z. 1885: 8 und Ent. v. 16. Juni 1885, Ger. Z. 1885: 49; anders die Ent. v. 31. Juli 1884 Spruchp. 2, 35, es gelte zu Folge des §. 1 Pr. N. auch in Bergsachen das schriftliche Verfahren.

[10]) Der §. 384 g. G. O. hat für den Verbotsfall Beschleunigung nicht vorgeschrieben; — es erklärt die Ent. v. 17. November 1885, Ger. Z. 1885: 4, daß §. 290 a. G. O. die Einleitung des mündlichen Verfahrens nicht rechtfertige.

Digitized by Google

Die Regel schriftlichen Verfahrens bei den Gerichtshöfen gilt, auch wenn sich deren Zuständigkeit im §. 42 Jur. N. gründet. Ist aber für die durch §. 42 Jur. N. dem Gerichtshofe zugeführte Rechtssache eine besondere Verfahrensart geboten (Besitz-, Summar-, Bestand-V.), so hat sich der Gerichtshof diesem Gebote zu fügen.

Bei den Bezirksgerichten ist:

1. schriftlich zu verfahren im Rechnungsprozesse §. 102 (167), Hfd. v. 19. November 1784 Nr. 368,[11]) und zu Folge des §. 15 (16) bei den städt. deleg. Bezirksgerichten in der Hauptstadt, sofern ihnen ausnahmsweise (§. 37 Jur. N.) Rechtssachen zufallen, für welche keine der summarischen Verfahrensarten Anwendung leidet;

2. eine der besonderen Verfahrensarten einzuleiten, wenn sie für den Klageanspruch geboten (Bestand-, Besitz-, Summar-, Bagatell-V.), oder über Antrag zugelassen ist (Mandats-, Summar-, Bag.-V.).

IV. Durch Vereinbarung der Parteien kann an die Stelle des gesetzlichen ein anderes gesetzmäßiges Verfahren treten. Es ist den Parteien vorbehalten:

1. an Stelle des gesetzlichen mündlichen das schriftliche Verfahren zu vereinbaren §. 16 (17). Der Kläger kann in den zum mündlichen V. geeigneten Fällen die Klage schriftlich anbringen §. 17 (18), und zugleich den Antrag auf schriftliches V. stellen. Der Richter hat über die Klage jedenfalls Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anzuordnen, zugleich aber dem Beklagten freizustellen, sich dem Antrage des Klägers zu fügen und bis zur anberaumten Tagsatzung die Einrede schriftlich anzubringen. Bringt der Beklagte keine Einrede ein, und erscheint er auch nicht bei der

---

[11]) Canstein: Lehrb. I. 45 und II. 581 nimmt an, daß auch der Aufforderungsprozeß wegen Berühmung und bei einem vorzunehmenden Bau unbedingt dem schriftlichem V. folge. So auch die Ent. v. 16. Feb. 1882, Jur. Bl. 1882: 14; dagegen die Ent. v. 4. April 1883, Spruchp. 1, 55.

Digitized by Google

Tagsatzung, so kann er in der Tagsatzung kontumazirt werden. — Auch der Beklagte kann schriftliches V. in Antrag bringen, indem er bis zu der im Klagebescheide angeordneten Tagsatzung die Einrede schriftlich anbringt; da aber der Kläger auf mündlicher Verhandlung zu beharren berechtigt ist, so kann er in der über die Klage angeordneten Tagsatzung den Beklagten wohl nicht kontumaziren, doch aber um neue Tagsatzung und um Zuspruch der Kosten der vereitelten Tagsatzung ansuchen, und ist sohin der Beklagte neuerlich mit Androhung der Kontumazfolgen zu mündlicher Verhandlung zu laden (Hfd. v. 1. Sept. 1786 Nr. 573, §. 25 g. G. O.). Besondere Gelegenheit zur Vereinbarung des schriftlichen Verfahrens bietet die persönliche Begegnung der Parteien bei der über die Klage angeordneten Tagsatzung;

2. an Stelle des gesetzlichen schriftlichen das mündliche Verfahren zu vereinbaren. Da das mündliche Verfahren als das schwerfälligere erkannt wurde, ist jeder darauf abzielende Antrag als zur gerichtlichen Verfügung nicht geeignet abzulehnen, also Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung nur anzuordnen, wenn das Übereinkommen urkundlich (in einer von beiden Parteien gefertigten Eingabe) nachgewiesen wird, §. 1 Pr. N.;

3. an Stelle einer der gesetzlichen summarischen Verfahrensarten das schriftliche Verfahren zu vereinbaren. Ausgeschlossen ist solche Vereinbarung im Ehe-V., im Besitz-V. und im Bag.-V.;[12]) bedingt (von der einverständlichen Bestimmung der Fristen zur Überreichung der Prozeßschriften) zugelassen im Wech.-V. §. 11. — Im Mandatsprozesse (§. 6, V. v. 21. Mai 1855 N. 95) ist dem Richter die Anordnung schriftlichen Verfahrens auf Verlangen Einer Partei vorbehalten.[13])

---

[12]) Die Immutabilität des Bag.-V. ist ausgesprochen in der Plenissimar-E. v. 14. April 1885 Jud. B. 117. — Canstein: Lehrb. 2, 552 nimmt auch Immutabilität des Best.-V. an.

[13]) Ebenso nach §§. 591, 592 g. G. O. in gewissen Bergstreitigkeiten.

Digitized by Google

§. 82.
Die Klage.

I. In der Klage ist vor Allem das Faktum, woraus der Kläger sich ein Recht erwachsen zu sein glaubt, mit allen Umständen, welche zur Bewährung dieses Rechtes dienlich sein können, nach der Zeitordnung, rein, ohne Einmengung eines Vernunftschlusses oder einer Rechtsstelle darzustellen; bei jedem Thatumstand sind die dafür zu Gebote stehenden Beweismittel gerichtsordnungsmäßig anzubieten (Beweisantizipation), §. 3 und 12. Nach Erschöpfung des Faktums ist allenfalls das rechtliche Fundament auszuführen, sodann nach einem der Sachlage entsprechenden Übergang (Behauptung des Fortbestandes des Rechtes — **clausula monitoria**) das Sachbegehren anzufügen, welches den Gegenstand und das Klagerecht zu umfassen §. 49 (8), und sich auch auf die Nebengebühren zu erstrecken hat.

Zur Begründung der Kompetenz genügt die Anführung der diesfälligen Thatsachen; liquider Beweis wird dafür nicht gefordert (§. 1 J. N.).

Wünscht der Kläger an Stelle des gesetzlichen die Einleitung eines zugelassenen Verfahrens, so wird diese Prozeßbitte dem Sachbegehren vorgestellt und entsprechend begründet. Die Anbietung aktorischer Kaution, und bei Vertretung durch Advokaten wohl auch der Ausweis der Legitimation schließt den Klagevortrag ab.

Objektive und subjektive Klagenhäufung ist zulässig, wenn die dargestellten Voraussetzungen zutreffen.

II. Im schriftlichen Verfahren ist die Klage bei dem Einreichungsprotokolle des Gerichtes anzubringen. Bei Ausfertigung derselben sind die Bestimmungen über die Form der Eingaben, über gerichtsübliche Sprache in Betreff der Eingabe und der Beilagen und über rechtsfreundliche Fertigung zu beobachten. Zu überreichen ist die Klage zweifach, unter Anschluß einmaliger ein-

Digitized by Google

facher Abschrift der brieflichen Urkunden, auf welche sich der Kläger beruft (bezeichnet mit fortlaufenden lateinischen Buchstaben), und unter Beischluß der Urschrift oder beglaubigten Abschrift des Legitimationsausweises des Vertreters (**erga restitut.**). Bei passiver Streitgenossenschaft ist (vom Mandats- und Wechsel-V. abgesehen) die Klage dreifach, mit zweimaliger Abschrift der Beilagen auszufertigen, und sind die zur Verständigung der Mitbeklagten erforderlichen Rubriken beizulegen.

In den zum mündlichen Verfahren geeigneten Fällen steht dem Kläger frei, die Klage mündlich oder schriftlich anzubringen, §. 17 (18).

Wer mündlich klagen will, hat sich bei Gerichtshöfen an den für Tagsatzungen bestimmten Tagen, bei Bezirksgerichten an den bekannt gemachten Gerichtstagen bei dem für die Parteiverhandlungen bestellten Richter zu melden, §§. 195, 246 G. J., welcher die Klage zu Protokoll nimmt. Offenbare Inkompetenz, Mangel der Prozeßfähigkeit des Klägers bez. der Vertretungsbefugniß berechtigen wohl auch im ordentlichen Prozesse, die Aufnahme der Klage abzulehnen (vgl. §. 13 Summ.-V.). Von brieflichen Urkunden, auf welche der Kläger sich beruft, hat er Abschriften zur Mittheilung an den Beklagten sofort oder binnen bestimmter Frist einzulegen, §. 18 (19); andere Beweise sind ordnungsmäßig anzubieten. Das über die Klage aufgenommene Protokoll hat der Richter beim Einreichungsprotokoll zu präsentiren.

Im Einreichungsprotokoll wird die schriftliche und mündliche Klage eingetragen und mit dem Präsentatum und der Exhibitenzahl bezeichnet, und sodann vom Gerichtsvorstand zur Erledigung zugetheilt.

§. 83.

Der gerichtliche Beschluß über die Klage.

I. Mit der Klage verlangt der Kläger vom Gericht die Einleitung des rechtlichen Verfahrens und die Erlassung der Weisung an den Beklagten, sich in den Streit einzulassen.

Digitized by Google

Der Richter hat die Bitte um Prozeß, den Ladungsanspruch [1]) zu prüfen, ohne sich in das Innerliche des Geschäftes (Sachbegehren), oder etwa darein einzumengen, ob die Klage wohl oder übel instruirt ist (Ref. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489). Findet er die von ihm festzustellenden Voraussetzungen eines zulässigen und giltigen Verfahrens nicht gegeben, so hat er die Klage unbedingt, bei Formfehlern aber, welche verbesserbar sind, bedingt mit Bestimmung einer Frist zur Reproduzirung der mangelfreien Klage (Hfd. v. 13. Feber 1795 Nr. 217) abzuweisen. Der diesfällige Bescheid ist lediglich für den Kläger auszufertigen, u. zw. bei schriftlicher Klage in dorso derselben unter Rückschluß aller Vorlagen, bei Klage zu Protokoll in Form eines Rathschlages.

II. Bei Bestand der festzustellenden Voraussetzungen hat der Richter das rechtliche Verfahren einzuleiten, u. zw. das gesetzliche Verfahren, wenn nicht der Kläger eine zu berücksichtigende besondere Prozeßbitte (um schriftliches Verfahren an Stelle des mündlichen, §. 1 Pr. N., oder um eine der summarischen Verfahrensarten) gestellt hat.

Dieser Bescheid ist bei schriftlicher Klage in dorso der Ausfertigungen (bei passiver Streitgenossenschaft auch auf den Rubriken), bei mündlicher Klage für den Beklagten auf einer Abschrift der protokollirten Klage, für den Kläger auf einem die Bestandtheile eines Klagerubrums umfassenden Auszug auszufertigen, §. 18 (19). Der Bescheid enthält:

a) bei schriftlichem Verfahren die Anordnung der Zustellung der Klage sammt den Abschriften der Beilagen ad manus des Beklagten, und die Bestimmung der Frist zur Erstattung der Einrede. Die Frist zur Einrede ist zu bestimmen (§§. 3, 4 Pr. N.):
1. auf 30 Tage, wenn sich der Beklagte im Gerichtsorte, oder im Sprengel des Gerichtshofes erster Instanz des Prozeßgerichtes;
2. auf 45 Tage, wenn sich der Beklagte außer dem Sprengel des

[1]) Menger: „Die prozeßhindernden Einreden", Ger. Z. 1877: 34—36.

Digitized by Google

Gerichtshofes erster Instanz, aber im Sprengel des dem Prozeßgerichte vorgesetzten Oberlandesgerichtes; 3. auf 60 Tage, wenn er sich außer dem Sprengel dieses O. L. G., aber im Bereiche der im Reichsrathe vertretenen Länder (Sprengel des O. G. H.); 4. auf 90 Tage, wenn er sich anderorts aufhält, also nicht nur zufällig dort anwesend ist (Hfd. v. 4. Juni 1789 Nr. 1015). Bei mehren Beklagten ist für die Bemessung der Einredefrist der vom Prozeßgerichte entfernteste Aufenthalt entscheidend (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620). Im Falle der Ediktalladung des Beklagten ist dem Kurator desselben die Frist von 90 Tagen zu bestimmen (Pat. v. 9. Sept. 1785 Nr. 464). Die Frist zur Einrede ist eine richterliche, verlängerbare Fallfrist über Antrag.

Die 30 Tage überschreitende Einredefrist kann der Richter im Klagebescheide kürzen, doch nur auf Antrag des Klägers und nicht unter 30 Tage, wenn der Fall dringend ist, und die größere Entfernung des Beklagten durch entsprechende Verbindung mit dem Prozeßgerichte ausgeglichen erscheint. Dem Beklagten steht wegen Kürzung der Einredefrist Rekurs zu, wenn sie ohne Antrag, oder unter 30 Tagen geschah; bei Mangel der arbiträren Voraussetzungen für die Kürzung hat er sich mit Fristwerbung zu behelfen, §. 4 Pr. N. — Handelsgerichte können in Merkantil- und Handlungsgeschäften aus wichtigen Ursachen zur Erstattung der Einrede eine kürzere Frist bestimmen, §. 4, Pat. v. 9. April 1782 Nr. 41 (§. 578 g. G. O.).

Die Frist zur Klagebeantwortung ist arbiträr zu bestimmen, wenn auf Bemängelung oder Genehmigung einer Rechnung geklagt wird, §. 100 (165), ferner wenn die Klage zum mündlichen Verfahren sich eignet, der Richter aber über die Prozeßbitte des Klägers dem Beklagten die Wahl zwischen dem schriftlichen und mündlichen Verfahren offen hält, §. 16 (17).

b) Bei mündlichem Verfahren enthält der Klagebescheid die Anordnung der Zustellung der Klage ad manus, und die Anberaumung einer Tagsatzung (Bestimmung von Tag, Stunde und

Digitized by Google

Ort) zur mündlichen Verhandlung, §. 19 (20). Die Androhung der Kontumazfolgen ist im §. 20 g. G. O. vorbedacht, und auch im Bereiche der a. G. O. eine Bezugnahme auf §. 29 üblich (vgl. aber §. 184 Gr. J.).

Die Zeit für die Tagsatzung hat der Richter nach Ermessen zu bestimmen (Hfd. v. 6. Oktober 1783 Nr. 197). Er wird auf die Entfernung der Partei, die Dringlichkeit der Sache, die Umständlichkeit der Vorbereitung des Beklagten, auf die Verhinderung der Partei zu Folge ihres Erwerbes, auf die Ferien und Festtage Bedacht nehmen. Die anberaumte Tagsatzung ist im Tagebuche (§. 187 Gr. J.) ersichtlich zu halten.

III. Dem Gerichte obliegt die Benachrichtigung des Obersthofmarschallamtes von Schuldklagen gegen Hofdiener (Hfd. v. 31. August 1803 Nr. 625); die Verständigung der vorgesetzten Militärbehörde von einer Schuldklage, welche auf Grund einer mit dem Ehrenworte verbürgten Zahlungszusicherung gegen einen Offizier gerichtet ist (§. 12, G. v. 20. Mai 1869 R. 78); die Benachrichtigung des Strafgerichtes bei Vorkommen rechtlicher Anzeigen eines Deliktes (Hfd. v. 6. März 1821 Nr. 1743); die Benachrichtigung der Disziplinarbehörde von der Überreichung einer Syndikatsklage (§. 12, G. v. 12. Juli 1872 R. 112).

IV. Gegen den Klagebescheid steht sofortiger Rekurs zu. Anlaß zum Rekurse hat der Kläger, wenn die Einleitung des Verfahrens verweigert wird, der Beklagte, wenn das Streitverfahren gesetzwidrig eingeleitet erscheint, jeder Streittheil, wenn der Klagebescheid bezüglich des angeordneten Verfahrens verfehlt erscheint.

§. 84.

Submission. Prozeßhindernde Einreden.

Vermag der Beklagte den Klagebescheid nicht mit Rekurs zu entkräften, so steht ihm Submission (cedere), Streiteinlassung (contendere), die Geltendmachung prozeßhindernder Einreden, und Verzicht auf die Antwort zur Wahl.

Digitized by Google

I. Die Submission erfolgt im schriftlichen Verfahren mit Gesuch, über welches eine Tagsatzung zur Akteninrotulirung anzuordnen ist, bei welcher dem Kläger die Liquidirung der Prozeßkosten, und dem Beklagten die Äußerung hierüber vorbehalten ist. Im mündlichen Verfahren erfolgt die Submission in der für die Streitverhandlung angeordneten Tagsatzung durch Erklärung zu Protokoll; diese Tagsatzung entfällt auch dann nicht, wenn der Beklagte vorher eine schriftliche Erklärung anbringt, weil in derselben die Akten zu verzeichnen, und vom Kläger die Prozeßkosten zu liquidiren sind. Auf Grund der Akten ergeht das deklarative, und bezüglich der Prozeßkosten eventuell das dezisive, daher auch appellable Urtheil.

II. Der Beklagte kann die Streiteinlassung ablehnen:

1. mit Gesuch um Verpflichtung des Klägers zur Leistung realer aktorischer Kaution oder Ablegung des Paupertätseides.[1]) Das Gesuch ist anzubringen im schriftlichen V. in der zur Erstattung der Einrede im Klagebescheide bestimmten Frist, im mündlichen V. in der für die Verhandlung anberaumten ersten Tagsatzung, denn die Einlassung in den Streit gilt als Verzicht auf die Kaution, und das Gesuch um Erweiterung der Frist oder Erstreckung der Tagsatzung als Vorbereitungsakt für die Einlassung.[2]) Das Ansuchen berechtigt, die Einlassung in den Streit zu verzögern (durch Ansuchen um Fristverlängerung, oder Erstreckung der Tagsatzung), oder auch um Sistirung

[1]) Der §. 406 a. G. O. fordert allerdings, daß die Klagekaution schon mit der ersten Klage bestellt werde, wodurch dem Beklagten auch Sicherstellung der Kosten der Vorverhandlungen, welche allenfalls der Streiteinlassung vorausgehen, zu Theil wird. Auf einem anderen Standpunkt steht schon §. 539 g. G. O.; diesen hat die Praxis rezipirt, nachdem sich die Bestellung der Sicherheit in der Klage zu einer inhaltslosen Form umgestaltet hatte.

[2]) Ent. vom 8. April 1884, Spruchp. 2, 41. Nach der Ent. vom 21. Oktober 1884, Ger. Z. 1885: 3 gilt als Einlassungshandlung die Rekognoszirung der Klagebeilagen.

Digitized by Google

der Streitsache zu bitten.[3]) Über das Ansuchen ist im mündl. V. in der anberaumten, im schriftl. V. in einer anzuordnenden Tagsatzung zu verhandeln, und sohin mit Bescheid über die Verpflichtung zur Kautionsbestellung (daher auch über den Betrag und die Art der Sicherstellung) und über die Kosten der Zwischenverhandlung zu erkennen. Der Auftrag an den Kläger, Kaution oder den Paupertätseid zu leisten, befreit den Beklagten von der Streiteinlassung,[4]) berechtigt ihn aber nicht zu exekutiver Beitreibung der Leistung;[5]) daher wird dem Kläger eine Leistungsfrist nicht bestimmt; es ist ihm vorbehalten, nach Erfüllung der ihm auferlegten Leistung das Verfahren aufzunehmen, also um Bestimmung einer neuen Frist, oder einer neuen Tagsatzung anzusuchen.[6]) Diese Praxis genügt im Allgemeinen, weil bei Suspension des Prozesses die Unterbrechung der Verjährung nach §. 1497 b. G. B. entfällt; sie genügt nicht, wenn nach der Sachlage der Beklagte ein rechtliches Interesse an der Beseitigung der Rechtshängigkeit hat (Exzindirungsklage); in solchen Fällen ist dem Kläger eine Frist zur Erfüllung des Auftrages zu bestimmen und nach Verlauf derselben der Beklagte über Ansuchen von der Klage zu entbinden;

2. mit der Einrede der Inkompetenz, Litispendenz,[7]) und auch mit der Einrede der Prävention,

[3]) Ent. v. 13. Feber 1878, Sp. R. 97. — Die g. G. O. schließt im §. 529 die Hemmung der Streitsache aus.

[4]) Ent. v. 4. Juni 1873, Sp. R. 51.

[5]) Zwang wurde zugelassen in der Ent. v. 19. Juli 1883, Spruchp. 1, 64.

[6]) Die Ent. v. 8. Mai 1883 Ger. Z. 1885: 80 erklärt, daß von der Verständigung vom Erlag der Kaution bez. von der Ablegung des Armuthseides ohne Weiteres die neue Einredefrist laufe.

[7]) Unrichtig erscheint die Ent. v. 16. Oktober 1881, Spruchp. 2, 36 und v. 13. Feber 1884, Spruchp. 2, 221, daß die Einrede der Litispendenz nicht statt habe, wenn die nämliche Streitsache bei demselben Gerichte anhängig ist, weil nicht bloß verschiedene Entscheidungen, sondern auch mehrfache Prozesse zu vermeiden sind. S. auch G. U. 5129. 5478. — Unrichtig

Digitized by Google

§. 40 (33).[8]) Die Einrede ist geltend zu machen im schriftlichen Verfahren vor Verfließung der Hälfte der zur Einrede bestimmten Frist, im mündlichen Verfahren bei der ersten über die Klage angeordneten Tagsatzung, bei welcher beide Theile erscheinen, die also vor sich geht (Hfd. v. 27. Juli 1792 Nr. 36, und Hfd. v. 7. Nov. 1820 Nr. 1714). Eine Erweiterung der Frist oder Erstreckung der Tagsatzung zur Ausführung der genannten Einreden erscheint vorbehalten (Hfd. v. 7. November 1820); Fristerweiterung oder Erstreckung der Tagsatzung ohne Bezugnahme auf diese Einreden erscheint als Versäumung derselben.

Die Einrede bildet den Gegenstand einer protokollarischen Vorverhandlung, u. zw. im mündlichen Verfahren auch dann, wenn sie in der ersten Tagsatzung verbunden mit der Klagebeantwortung vorgebracht wurde (Hfd. v. 11. Sept. 1794 Nr. 193).[9]) Die Einrede der Inkompetenz ist auch begründet, wenn die Klage bei einem zur Verwaltung der allgemeinen und der Handels- und Berggerichtsbarkeit berufenen Gerichtshofe eingebracht, aber unrichtig für eine bestimmte Gerichtsbarkeit rubrizirt ist (Hfd. v. 7. Nov. 1820 Nr. 1714 §. 7, und Hfd. v. 25. Jän. 1822 Nr. 1832), — wenn der Beklagte mit Rekurs gegen den Klagebescheid Abhilfe erreichen konnte (§. 2 J. N.), — wenn die den Verwaltungsbehörden zugewiesenen Rechtssachen vorzeitig bei Gericht angebracht, und von demselben nicht von Amtswegen zurückgewiesen werden (V. v. 7 Dezember 1856 R. 224), — wenn die den Gewerbegerichten zugewiesenen Zivilrechtssachen vorzeitig bei Gericht angebracht, das Gewerbegericht sich aber nicht schon für inkompetent erklärt hat (§. 6, G. v. 14. Mai 1869 R. 63), — wenn die Kom-

---

erscheint auch die Ent. v. 8. April 1884 Ger. H. 1885: 40, welche die selbstständige Geltendmachung der Anhängigkeit der Streitsache nach der g. G. O. ausgeschloßen erachtet.

[8]) Beachte die Abänderung des §. 40 a. G. O. durch §. 40 der J. N.

[9]) Separates Vorbringen fordert das Hfd. v. 7. Nov. 1820 für das Bereich der gal. G. O.

Digitized by Google

petenz eines Schiedsgerichtes begründet erscheint.[10]) Über die Verhandlung ist mit Urtheil[11]) zu erkennen, gegen welches sofortiges Rechtsmittel zusteht.

Wird die Einrede als begründet erkannt, so ist der Beklagte von der Klage zu entbinden; wird sie verworfen, so läuft im schriftlichen Verfahren von der Rechtskraft des Beiurtheiles neuerlich die erste Frist zur Einrede (Ref. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489, — Hfd. v. 7. November 1820 Nr. 1714 für das Geltungsgebiet der g. G. O.); im mündlichen Verfahren ist nach Rechtskraft der Entscheidung eine neue Tagsatzung zur Streitverhandlung anzuordnen.

Die Versäumung der Einrede hat den Ausschluß derselben zur Folge. Es wird a) bei Inkompetenz das Gericht mit bestimmter Einschränkung (siehe §. 35) zuständig; b) bei Litispendenz die Gefahr zweifacher eventuell widersprechender Entscheidung begründet, soweit das nicht durch Nachtragung der exc. rei jud. gehindert werden kann. Bei zweifacher Entscheidung ist jenes Urtheil maßgebend, das früher zur Vollstreckung gebracht wird.

3. mit der Einrede rechtskräftiger Feststellung der Klagesache. Glaubt der Beklagte, daß der in der Klage geltend gemachte Anspruch bereits durch rechtskräftiges Urtheil entschieden ist, so steht ihm frei, die ihm zugekommene Klage mit Vorweisung des bereits im Mittel liegenden Urtheiles zurückzulegen (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621, §. 35 g. G. O.). Begründet erscheint der Rückerlag nicht bloß bei Entscheidung der Streitsache durch Urtheil, sondern in allen Fällen, wo die Feststellung des Anspruches Grundlage gerichtlicher oder verwaltungsbehördlicher Exekution ist, also speziell auch im Falle der Ordnung der Rechtssache in einem exequirbaren Notariatsakte (§. 4 Not. O.), weiter im Falle gerichtlicher Entsagung (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620), und

[10]) Besch. v. 4. März 1858, J. B. 26.

[11]) Im Bereiche der g. G. O. mit Bescheid.

Digitized by Google

unbestrittener oder im Prozeßwege erreichter Feststellung der Forderung im Konkurse (§. 55 K. O.).

Der Rückerlag der Klage unter Berufung auf rechtskräftige Feststellung ist dem Beklagten vorbehalten, nicht geboten, es kann also diese Einrede auch in der Klagebeantwortung vorgebracht werden;[12]) ja das muß geschehen, wenn die weitere Voraussetzung für den Rückerlag, nämlich liquider (Urkunden-) Beweis mangelt. Hiermit wandelt auch die rechtliche Natur der Einrede. Sie ist als Klagrückerlag Prozeßeinrede, Verweigerung neuerlichen Streiteinganges, welche Entbindung von der Klage intendirt; wenn sie aber mit der Streiteinlassung verbunden vorgebracht wird, ist sie eine peremtorische Einrede gegen den Klageanspruch, welche eine absolutio ab actione begründet.

Für die Frist zum Klagrückerlag fehlt es an präziser Bestimmung; er kann zweifellos vor Ablauf der vollen Frist zur Einrede, bez. im mündlichen Verfahren bei der über die Klage angeordneten Tagsatzung erfolgen. Nicht anzunehmen ist, daß die Erweiterung der Einredefrist, die Erstreckung der Verhandlungstagsatzung auch für den Klagrückerlag zu statten komme, denn Erweiterungs- und Erstreckungsgesuche sind Vorbereitungsakte für den Streit, nicht für die Streitausschließung.

Der Klagrückerlag begründet wie die Einrede der Inkompetenz eine protokollarische Vorverhandlung, über welche mit Urtheil zu entscheiden ist. Im Falle die Einrede abgewiesen wird, ist die Streitverhandlung, wie unter Z. 2 dargestellt, einzuleiten.

III. Nach dem Dargestellten sind alle prozeßhindernden Einreden im mündlichen Verfahren bei der ersten Tagsatzung, bei welcher beide Theile erscheinen, bez. bis dahin vorzubringen, und in dieser Tagsatzung zu Folge der Konzentrationsmaxime Gegenstand gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung, wobei der Richter von der Verpflichtung des Klägers zur Kaution abzu-

[12]) Ent. v. 17. Juli 1883, Spruchp. 1, 55.

Digitized by Google

sehen hat, wenn eine der Einreden die Entbindung von der Instanz begründet. — Im schriftlichen Verfahren sind die Einreden des §. 40 (33) an eine kürzere Frist gebunden, als die übrigen prozeßhindernden Einreden; der Beklagte wird durch das Vorbringen der einen Einrede an der rechtzeitigen Geltendmachung der anderen nicht gehindert; da aber keine dieser Einreden, auch nicht jene des Mangels der aktorischen Kaution, das Vorbringen der anderen Einrede hemmt,[13]) so ist der Richter in der Lage, die einzeln eingebrachten Einreden zu gemeinsamer Verhandlung zu verweisen, und gleichzeitig über das gesammte prozeßhindernde Vorbringen zu entscheiden.

IV. Der Prozeß kann auch gehindert werden durch die Anzeige der Prozeßunfähigkeit einer der Parteien, §. 64 (57), und durch die Berufung auf ein Strafverfahren, dessen Ausgang für die Entscheidung der Zivilrechtssache erheblich ist (Hfd. v. 6. März 1821 Nr. 1743),[14]) doch ist dieses Vorbringen nicht an den Eingang des Prozesses gebunden. Der Syndikatsprozeß kann über Begehren jeder Prozeßpartei bis zur Beendigung der Disziplinaramtshandlung ausgesetzt werden, wenn das endliche Ergebniß der letzteren oder die Benützung der im Disziplinarwege zu pflegenden Erhebungen für die Entscheidung des Prozesses voraussichtlich von Einfluß ist, §. 12, G. v. 12. Juli 1872 R. 112.

§. 85.

Die Streiteinlassung.

I. Der Beklagte läßt sich in den Streit ein durch **Klagebeantwortung**, Einrede im Sinne der G. O. Sie ist die Gegenbitte des Beklagten um Abweisung der Klage, oder um gänzliche oder theilweise Abweisung des Klageanspruches, mit Begründung.

[13]) Menger: System 365 Note 12.

[14]) Die Ausweisung der Anbringung einer Strafanzeige genügt für sich nicht zur Sistirung der Zivilverhandlung; Ent. v. 4. Feber 1885, Ger. Z. 1885: 22.

Digitized by Google

Die Einrede hat zu enthalten:

1. die Beantwortung aller vom Kläger angebrachten Umstände, mit allfälliger Ergänzung und Berichtigung, §. 5 und 6 (5) (s. oben §. 69). Zu beantworten sind die vom Kläger angebrachten Umstände in jener Ordnung, in welcher sie erzählt sind, jeder Umstand insbesondere, ausdrücklich und unzweideutig, §§. 5 und 11;

2. die Antwort auf die von dem Kläger bei der Darstellung des Faktums nach §. 12 angeführten und beigeschlossenen Beweismittel, die Beweiseinreden, und die Anbietung der Gegenbeweise;

3. alle Einwendungen (Einreden), mit welchen sich der Beklagte gegen die Klage, oder für immer oder auf Zeit gegen den Klageanspruch schützen zu können vermeint. Einreden, welche der Streiteinlassung vorausgestellt werden müssen (s. §. 84), sind nun ausgeschlossen. Dabei wünscht §. 7 (6), daß der Beklagte die exceptiones facti den ex. juris voranstelle. Der Beklagte kann zur Abwehr auch Widersprechendes vorbringen, also den Klagegrund leugnen und doch Einreden geltend machen, in welchem Falle das Klagefaktum hypothetisch als wahr hinzustellen ist;

4. die Anbietung erster Beweise für die Einwendungen, §§. 12 und 104 (12, 173);

5. das Gegenbegehren, §. 8 (7). Da der Beklagte nur Abwehr bezielt, ist das Gegenbegehren ein negatives, ein Begehren um Abweisung der Klage, oder des Klageanspruches. Kondemnation des Klägers zu fordern ist zulässig: a) bei einem judicium duplex, b) im Falle eine Widerklage in der Einrede vorgebracht wird und der Kläger und Richter sich darauf einläßt (Hfd. v. 27. Sept. 1792 Nr. 54), c) bezüglich der Prozeßkosten, doch ist für deren Zuspruch nicht das Begehren in der Einrede, sondern die Kostenliquidation am Schlusse des Verfahrens entscheidend, §. 403 (536);

6. gesetzlich nicht vorbedacht, aber zugelassen sind Rechtsausführungen, mit welchem die Klage als rechtlich unbegründet, die Einreden als rechtlich begründet dargestellt werden.

Digitized by Google

Die Klagebeantwortung ist Verzicht auf prozeßhinderndes Vorbringen; nur bei mündlichem Verfahren können in der ersten Tagsatzung die Einreden der Inkompetenz und Litispendenz mit der Klagebeantwortung verbunden werden. Unvollständiger Widerspruch bekundet Geständnißwillen, §. 11; unvollständige Vertheidigung hat Präklusion zur Folge.

II. Die Streiteinlassung ist keine Pflicht. Der Beklagte kann auf die Streiteinlassung verzichten, und selbst um Aktenschluß und Urtheil nach der Klage ansuchen; er kann die Klagebeantwortung versäumen, verweigern oder unterlassen, in welchem Falle der Kläger durch Ungehorsamsbeschuldigung den Aktenschluß und die Entscheidung auf Grund der Klage herbeiführt, §§. 29, 36 (25, 32), Die Versäumung kann entschuldigt werden; bei Verzicht auf die Streiteinlassung kann nur die Zulassung später ermittelter Vertheidigung (s. §. 125) erwirkt werden.

§. 86.

Die Replik und die darauf folgenden Parteireden.

I. Replik im Sinne der G. O. ist jene Rede des Klägers, in welcher er seine Klage gegen die Anfechtung in der Einrede aufrecht zu erhalten strebt.

Es folgt aus der Konzentrationsmaxime und dem Grundsatz der Präklusivität, daß der Kläger in der Replik nicht Thatsachen und Beweise nachholen darf, welche in der Klage vorzubringen waren (Neuerungsverbot) §§. 9, 47 (§. 9, 39), aus der Ökonomie im Prozesse, daß der Kläger von seiner Klage nichts wiederholen soll, §. 9.

Die Replik besteht demnach aus der responsio auf die in der Einrede angeführten Umstände und Beweise, allenfalls mit Anbietung von Gegenbeweisen, und aus den Einreden gegen die Einwendungen des Beklagten mit Anbietung erster Beweise dafür. Vorbehalten bleiben Deduktionen mit Bezug auf die Klage- und Einredethatsachen. Ein Begehren entfällt, weil es schon in der

Digitized by Google

Klage gestellt ist. Im Einzelnen schließt sich der Repliksvortrag an den Inhalt der Einrede in folgender Weise an.

1. Geständnisse in der Einrede geben zu weiterem Vorbringen keinen Anlaß; doch pflegt der Kläger darauf Bezug zu nehmen, wenn das Geständniß besonders wichtig ist, oder bei unvollständigem Widerspruch leicht übersehen werden könnte („als gestanden wird angenommen").

2. Der Widerspruch bewirkt die Relevanz der bereits in der Klage angebotenen Beweise. Bei motivirtem Widerspruch ist die der Leugnung beigefügte Berichtigung und Ergänzung zu widersprechen, um sie beweisdürftig zu machen.) Die bei dem Widerspruche angeführten Gegenbeweise sind zu beantworten, durch Beweiseinreden zu entkräften, und soweit es zulässig ist, durch Gegenbeweis zu paralysiren.

3. Die Einwendungen sind neues Vorbringen, aus welchem, wenn sie nicht den Prozeß betreffen, die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Klageanspruches resultiren soll. Dieses neue Vorbringen des Beklagten hat der Kläger a) zunächst zu beantworten, u. zw. in gleicher Weise, wie vom Beklagten das Klagefaktum zu beantworten ist, §. 9. Werden Thatsachen bestritten, für welche Beweise angeführt sind, so sind diese durch Beweiseinreden oder Gegenbeweis zu entkräften; b) allenfalls mit Repliken zu paralysiren, für welche erster Beweis anzubieten ist. Unvollständiger Widerspruch bekundet Geständnißwillen; unvollständige Vertheidigung begründet Präklusion. Der Kläger kann auf die Replik verzichten und selbst Aktenschluß und Entscheidung nach Maßgabe der vorliegenden Streitverhandlung ansuchen; er kann die Replik auslassen, in welchem Falle der Beklagte mit Ungehorsamsbeschuldigung den Aktenschluß und die Entscheidung betreibt, §§. 29, 46 (25, 38).

II. Die Duplik ist die Rede des Beklagten, mit welcher er das Einredebegehren auf Abweisung der Klage gegenüber der Anfechtung in der Replik aufrecht zu erhalten strebt. Bei der Erstattung der Duplik befindet sich der Beklagte in derselben Lage, wie

Digitized by Google

der Kläger bei Erstattung der Replik, §. 10 und §. 9, es gilt daher für die Duplik, was über die Replik ausgeführt wurde.

III. Dupliken zur Widerlegung von Repliken kommen nur in Ausnahmsfällen vor; der Beklagte erschöpft regelmäßig seine Vertheidigung mit der responsio auf die Repliken. Mit Bedacht darauf bestimmen §§. 2 und 238 (§. 2, 313), daß mit der Duplik das Instruktionsverfahren zu schließen sei.

Werden ausnahmsweise in der Duplik neue Umstände vorgebracht (u. zw. Dupliken, oder zu Folge einer Neuerungsbewilligung zur Replik oder Duplik Thatsachen und Beweise, die an sich in die Einrede gehören), so ist dem Kläger noch eine Triplik (Schlußschrift, Schlußrede) zu gestatten, §. 55 (46), gegen welche dem Beklagten, weil ihm das letzte Wort gebührt, eine Quadruplik (Gegenschlußschrift, Gegenschlußrede) vorbehalten ist (Hfd. v. 1. Juli 1782 Nr. 61). In der Triplik soll lediglich über die in der Duplik vorgekommenen Neuerungen verhandelt, und alle Weitläufigkeit und Wiederholung vermieden werden; neue Umstände und Beweismittel können allerdings noch vorgebracht werden, soweit solches Vorbringen durch den Inhalt der Duplik veranlaßt wird, §. 57 (48); die Praxis findet auch eine Neuerungsbewilligung für die Triplik nicht ausgeschlossen.[1] Die Quadruplik hat sich auf die Beantwortung des neuen Vorbringens der vorhergehenden Rede zu beschränken, und ist unter keinerlei Vorwand die Anbringung neuer Umstände und Beweise zu gestatten, also jedes solches Vorbringen bei Erledigung der Rechtssache unberücksichtigt zu lassen, §. 57 (48) (vgl. §. 47 und 53 [39, 44] G. O.).

Die Quadruplik bildet schlechthin (abgesehen vom §. 20 G. O.) den Schluß des Instruktionsverfahrens, und scheint auch (trotz Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621) den Parteien eine Vereinbarung auf mehr Schriften oder Reden nicht vorbehalten.[2]

[1] Besch. v. 7. Oktober 1870, J. B. 69.

[2] Ent. v. 29. August 1883, Spruchp. 1, 56 und Ent. v. 16. Okt. 1883, ebenda S. 169.

Digitized by Google

§. 87.

Der Verlauf des schriftlichen Verfahrens.

I. Der Beklagte, welcher sich der Prozeßbitte des Klägers weder durch Rekurs gegen den Klagebescheid, noch durch Prozeßeinreden zu entwinden vermag, und auch nicht submittiren will, hat die Einrede einzubringen, u. zw. zweifach unter Anschluß einfacher Abschriften der Urkunden, auf welche er sich beruft (fortlaufend bezeichnet mit arabischen Zahlen), und der Urschriften oder beglaubigten Abschriften der die legitimatio ad processum betreffenden Urkunden. Die Vorschriften über die Form der Eingaben, rechtsfreundliche Fertigung und gerichtsübliche Sprache sind bei dieser wie bei jeder anderen Prozeßschrift zu beobachten.

Das Gericht hat die Einrede zu prüfen und sofort abzuweisen a) unbedingt, wenn sie nach Ablauf der für die Erstattung der Einrede bestimmten und bewilligten Frist angebracht ist, und der Kläger vorher oder am Tage der Überreichung der Einrede (nach §. 528 g. G. O. den Tag vor der Überreichung) die Ungehorsamsbeschuldigung eingebracht hat. Bei passiver Streitgenossenschaft ist jede verspätete Einrede eines Mitbeklagten zurückzuweisen, sobald nur ein Beklagter rechtzeitig geantwortet hat (Hfkzld. v. 4. September 1801 Nr. 535); b) bedingt mit Bestimmung einer Frist zur Reproduzirung, wenn die Einrede an behebbaren Formgebrechen leidet.

Die rechtzeitige, formgerechte Einrede erhält den Bescheid, daß sie sammt den Abschriften der Beilagen dem Kläger zugestellt werde zur Erstattung der Replik binnen 14 Tagen, §§. 43, 44 (36, 37). Der Bescheid ist in dorso der Doppeln der Einrede auszufertigen, und den Parteien, wo thunlich zunächst dem Kläger zuzustellen. Gegen den Bescheid steht sofortiger Rekurs zu.

Die Frist zur Replik ist eine richterliche, verlängerbare Fallfrist über Antrag. Verzichtet der Kläger auf die Erstattung der Replik, so ist über sein Ansuchen, — versäumt er die Replik, so

Digitized by Google

ist über Kontumazantrag des Beklagten eine Tagsatzung zur Inrotulirung der Akten anzuordnen. Die vom Kläger überreichte Replik ist vom Richter wie die Einrede zu prüfen, und bei Verspätung unbedingt, bei Formfehlern bedingt zurückzuweisen, sonst aber mit Bescheid die Erstattung der Duplik binnen 14 Tagen anzuordnen. Dieser Bescheid ist wie der Bescheid auf die Einrede auszufertigen und zuzustellen, §§. 50, 51 (41, 42).

Die Duplik folgt den Bestimmungen über die Replik; da jedoch mit derselben das Instruktionsverfahren normal abschließt, §. 2, so ist in dem Bescheide über die rechtzeitige, formgerechte Duplik die Zustellung, dem Kläger zur Wissenschaft, zu verfügen, und Tagsatzung zur Inrotulirung der Akten anzusetzen, §. 238 (313).

Enthält die Duplik Neuerungen, so kann noch eine Schluß- und Gegenschlußschrift folgen. Der Richter verfügt über die Duplik die Erstattung einer Schlußschrift binnen 14 Tagen, wenn er für die Duplik Neuerungen bewilligt hat. Bei Abgang einer Neuerungsbewilligung ist dem Kläger vorbehalten, um Zulassung einer Schlußschrift anzusuchen. Dieses Ansuchen ist deswegen, weil der Duplikbescheid auf Inrotulirung der Akten rechtskräftig wurde, nicht abzuweisen (a. h. E. v. 22. Nov. 1845 Nr. 910), kann also bis zur Inrotulirung angebracht werden. Über das Gesuch ist die Inrotulirung auszusetzen, der Gegner zu vernehmen, und mit Bescheid zu erkennen, in welchem eine Frist von 14 Tagen zur Erstattung der Schlußschrift, oder neue Tagsatzung zur Inrotulirung angesetzt wird. Über die Schlußschrift verordnet der Richter die Erstattung der Gegenschlußschrift binnen 14 Tagen, und wenn diese ordentlicherweise eingebracht wird, wie sonst über die Duplik Tagsatzung zur Inrotulirung der Akten.

Die Fristen zur Schluß- und Gegenschlußschrift stehen den Fristen zur Replik und Duplik gleich.

II. Nachträge zu den Schriften des Instruktionsverfahrens kennt die G. O. nicht. Die Praxis berücksichtigt aber nicht bloß Klagenachträge (S. §. 90), sondern seit der Pr. N., welche der

Digitized by Google

Fristerweiterung Grenzen gezogen hat, auch Nachträge zu den weiteren Schriften, weil eine Theilung der Schriften nicht untersagt erscheine, daher als zulässig betrachtet werden müsse, wenn das Recht des Gegners zur Beantwortung nicht beeinträchtigt (also ihm eine neue gesetzmäßige Frist zur Antwort zugemessen) werde.[1]) Diese Begründung ist zweifellos unzureichend; die Ausschließung von Nachträgen ergibt sich von selbst aus den Rechtsfolgen, welche die Unvollständigkeit der Einrede, Replik u. s. w. begründet, und aus dem Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620, welches die Nachtragung übergangener Behelfe und Beweismittel ausschließt; auch scheint es nicht erlaubt, den §. 10 der Pr. N. einfach zu vereiteln, unentwirrbare Kollisionen zu schaffen, und den Gegner zu neuer oder geänderter Vertheidigung zu nöthigen.[2])

§. 88.

Der Verlauf des mündlichen Verfahrens.

I. In dem Klagebescheide ist Tagsatzung zur mündlichen V. der Rechtssache angeordnet, bei welcher zunächst die Prozeßeinreden und nach Vereinigung derselben die Reden des Instruktionsverfahrens in ein verläßliches und umständliches Protokoll aufzunehmen sind. Nach der a. G. O. hat dabei die Partei im Allgemeinen auf die Unterstützung Seitens des Richters keinen Anspruch, und gelten für die Reden des Instruktionsverfahrens dieselben Bestimmungen, wie im schriftlichen Verfahren, §§. 22, 23, 24, 26, 27. Die Anordnung der Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306, die Partei könne fordern, daß ihre mündlichen Nothdurften von Wort zu Wort protokollirt

---

[1]) Ent. des O. G. H. v. 20. Mai 1880, Jurist. Bl. N. 44.

[2]) Vergl. aber die Ent. v. 3. April 1883 Spruchp. 1, 35 und vom 3. April 1884 Spruchp. 2, 35: Der Nachtrag zu einer Prozeßschrift ist nicht von Amtswegen zurückzuweisen; die Einwendungen gegen die Zulassung und Berücksichtigung desselben sind im Anhange oder in einem Nachtrag zur folgenden Prozeßschrift vorzubringen, und darüber im Laufe des Prozesses zu verhandeln und im Endurtheil zu entscheiden.

Digitized by Google

werden, wurde durch Hfd. v. 7. Mai 1795 Nr. 226 gemäßigt; den Parteien blieb vorbehalten, das Faktum und die Hauptumstände in möglichster Kürze anzudiktiren; die übrigen Nothdurften sollen mündlich abgegeben, und vom Richter kurz in das Tagsatzungsprotokoll aufgenommen werden. Der Vorgang, wonach Parteien ihre Reden aus mitgebrachten Aufsätzen wörtlich zu Protokoll geben, oder Schriften als Protokolle einlegen, wurde wiederholt als Unfug bezeichnet, und allerdings erfolglos verboten. (Hfd. v. 25. November 1839 Nr. 5779.)

Die Tagsatzung kann von Amtswegen, über Antrag der Parteien, und auch über begründetes einseitiges Ansuchen erstreckt werden. Begründet erscheint das Ansuchen um Erstreckung insbesondere, wenn eine Partei neues Vorbringen der Gegenpartei zu beantworten hat, und dazu eine Vorbereitung beansprucht. Um der Erstreckung aus diesem Grunde vorzubeugen, verpflichtet §. 25 a. G. O. den Beklagten, dem Kläger binnen der Hälfte jener Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klage und der Tagsatzung liegt, die brieflichen Urkunden, auf welche er sich in der Tagsatzung berufen will, gerichtlich oder außergerichtlich derart mitzutheilen, daß die erfolgte Mittheilung sofort ausgewiesen werden kann (Res. v. 11. Sept. 1784 Nr. 335).[1]) Die Unterlassung der Mittheilung schließt nicht den Gebrauch der brieflichen Urkunden aus, berechtigt aber den Kläger, Erstreckung der Tagsatzung auf Kosten des Beklagten zu erwirken.

II. Anders gestaltet sich das Verfahren mit Manuduktion. Der Prozeß nach der G. O. erfordert juristischen Beistand; da nun zur Zeit der Einführung der G. O. auf dem Lande Advokaten fehlten, wurde dort mündliches Verfahren vorgeschrieben, in welchem der Richter die aus der Rechtsunkenntniß drohende Schädigung der Parteien abwehren kann. Der §. 20 a. G. O

[1]) Nach §. 20 g. G. O. sind beide Theile im Klagebescheide anzuweisen sich ihre Behelfe wenigstens drei Tage vor der Tagsatzung mitzutheilen.

Digitized by Google

verpflichtet daher den Richter bei mündlichem Verfahren auf dem Lande die Parteien zu manuduziren. Dazu bestimmt die Res. v. 11. September 1784 Nr. 336, daß in den Parteien das Landvolk, und nebst dem der Mangel der Vertretung eines Rechtsfreundes vorausgesetzt werde, Hfd. v. 28. Jänner 1788 Nr. 774, daß die Verpflichtung zur Unterstützung der Parteien auch dann eintrete, wenn nur eine Partei mit einem Rechtsfreund erscheint, und Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620, daß diese Pflicht entfalle, wenn beide Theile von Advokaten vertreten werden, oder der Prozeß nicht das Landvolk betrifft.

Bei diesem Verfahren hat der Richter a) zu erheben, was der Kläger in der Hauptsache und in den Nebenverbindlichkeiten begehre, §. 20; b) ob der Kläger und der Beklagte sich selbst zu vertreten berechtigt seien, §. 20; findet der Richter für eine der Parteien einen Anlaß zur Streitverkündigung gegeben, so hat er sie darüber zu belehren; c) der Richter hat vorzusorgen, daß der Gerichtsstand des Beklagten nicht umgangen werde, §. 20 und Res. v. 11. September 1784, doch aber einer freiwilligen Unterwerfung unter das unzuständige Gericht nicht entgegenzutreten; d) daß der Landmann in seinen Rechten wegen Abgang der Förmlichkeiten nicht leide; der Richter hat also denselben über die Art des Vorbringens, der Beantwortung des Vorbringens der Gegenpartei, über Beweislast, Beweismittel und Beweisführung zu belehren; e) daß dem Landmann die oft mangelnde Fähigkeit, sich wohl auszudrücken, das Faktum und die Behelfe deutlich vorzulegen, nicht im Wesentlichen zum Schaden gereiche; der Richter hat also das Vorbringen selbst zu Protokoll zu bringen, und die Beweismittel gesetzmäßig anzuführen. Keineswegs soll der Richter in das Innerliche des Geschäftes selbst eingehen, einer Partei in der Hauptsache Behelfe an Handen lassen, was sie zu begehren habe, in den Mund legen, und also in Verfehlung seiner Bestimmung zugleich den Richter und die Partei vorstellen, Res. vom 11. September 1784.

Digitized by Google

Bei solcher Verhandlung erscheint jeder Verstoß als eine Folge der Unzulänglichkeit der Manuduktion, daher der Richter angewiesen ist, sich an Zeit und Ordnung der Reden nicht zu binden, und so lange zu verhandeln, bis das Faktum verläßlich erörtert, und alle beiden Parteien zu statten kommenden Beweise ausgeführt sind (§. 20 und Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620).[2])

III. Das Ausbleiben einer Partei bei der für die mündliche V. angeordneten Tagsatzung, und die Verweigerung der Verhandlung berechtigt die Gegenpartei zur Ungehorsamsbeschuldigung, welche durch Verzeichnung der Akten behufs Urtheilsfällung ausgeführt wird. Da die Tagsatzung zur Verhandlung der Streitsache angeordnet ist, kann der Beklagte nach der Beantwortung der Klage, der Kläger nach Abschluß der Replik u. s. w. den ausgebliebenen oder die Antwort verweigernden Gegner kontumaziren. Vorbehalten ist der erschienenen Partei, auf die ihr zustehende Rede zu verzichten, womit auch die im Konditionalverhältnisse stehende Gegenrede entfällt, daher das Instruktionsverfahren durch Aktenverzeichnung abzuschließen ist.

§. 89.

Das Neuerungsverfahren.

Die G. O. theilt das Instruktionsverfahren in Abschnitte, deren Inhalt gesetzlich fixirt ist. Umstände und Beweismittel, welche die Partei am rechten Orte vorzubringen versäumt hat, können unbedingt nicht mehr im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden, §. 257 (333), sind aber auch, wenn sie im Instruktionsverfahren verspätet geltend werden, bei Fällung der Entscheidung nicht zu berücksichtigen, §§. 47, 53 (39, 44). Ausnahmsweise werden Neuerungen erlaubt.

---

[2]) Nach der g. G. O. §. 21 gilt das Verfahren mit Manuduktion als das normale mündliche V., das auch statt hat, wenn Vertreter der Parteien verhandeln.

Digitized by Google

1. Das Gesetz gestattet: a) die Anbietung des Beweises für die Echtheit der in der vorhergehenden Rede bezogenen brieflichen Urkunden, §§. 133, 134 (207, 208); b) die Zuschiebung des Haupteides über die in der vorhergehenden Rede angebrachten Umstände, §. 203 (275).

2. Dem Richter ist vorbehalten, für die Replik und Duplik, §§. 48, 54 (40, 45), und selbst für die Schlußrede[1]) über Ansuchen der Partei Neuerungen zu bewilligen.

Das Ansuchen, in welchem die nachzutragenden Umstände und Beweismittel zu bezeichnen sind (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489), und durch Beibringung standhafter Behelfe eventuell Anbietung zum Eide darzuthun ist, daß das beabsichtigte Vorbringen nicht geflissentlich (um die Rechtssache zu verzögern oder zu verdunkeln, §. 40 g. G. O.) verschwiegen wurde, §§. 48, 54 (40, 45), ist im mündlichen Verfahren, wie andere Zwischenfragen (Inzidenzien) bei der für die Verhandlung der Streitsache bestimmten Tagsatzung anzubringen und zu verhandeln,[2]) im schriftlichen Verfahren aber in der offenen Frist zur Satzschrift, oder mit der bezüglichen Streitschrift zugleich einzubringen, und sohin Tagsatzung zur Vernehmung der Parteien anzuordnen, die gleichzeitig eingebrachte Satzschrift aber für diese Tagsatzung vorzubehalten (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621).

Bewilligt der Gegner die Neuerungen, so ist das Ansuchen mit Bescheid zu erledigen;[3]) opponirt er aber, so ist nach kontradiktorischer Verhandlung mit Urtheil (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489, nach §. 40 g. G. O. mit Bescheid) eventuell bedingt von der Ablegung eines Eides zu erkennen, in jedem Falle die bewilligte Neuerung genau zu bezeichnen, und über die Kosten des Zwischenstreites zu entscheiden.

---

[1]) Besch. v 7. Oktober 1872, J. B. 69.

[2]) Menger: System, 31 Note 4.

[3]) Ent. v. 19. März 1884, Jur. Bl. 84: 19. — Klein: Schuldhafte Parteihandlung, S. 217 will auch im Falle der Zustimmung des Gegners die Schuldfrage untersucht wissen.

Digitized by Google

3. Gibt der Gegner auf die in einer Rede vorgebrachten Neuerungen ohne Vorbehalt Rede und Antwort, so ist auf selbe allerdings Rücksicht zu nehmen (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). Der Partei bleibt also vorbehalten, Neuerungen vorzubringen mit der Erwartung, daß der Gegner sich darauf einlassen werde, und ist auf dieselben nur dann nicht Bedacht zu nehmen, wenn der Gegner gar nicht, oder nur mit Verwahrung antwortet.

§. 90.

Klageänderung und Klageverbesserung. *)

Nach der G. O. ist zu unterscheiden die Klageänderung (mutatio), und die Klageverbesserung (emendatio libelli).

1. Als Klageänderung erscheint nach §. 21 a. G. O. „die Änderung des Klagerechtes (genus actionis) und der daraus gestellten Bitte", — nach §. 49 (8) die Änderung des in der Klage „gestellten Begehrens in seiner Wesenheit, das ist in Ansehung des Gegenstandes und Klagerechtes". Mit Bedacht auf den Zusammenhang des Klagebegehrens und der Klagebegründung erscheinen diese Bestimmungen identisch, und gilt als Klageänderung a) die Änderung des Klagerechtes, also des Entstehungsgrundes bei Forderungsrechten, des Erwerbsgrundes bei dinglichen Rechten; b) die Änderung des Gegenstandes, also ein Fordern von Mehr oder von Anderem, als worauf die Klage gerichtet war. Als Klageänderung erscheint nicht eine Minderung des Begehrens (bei p. p. causa die Freilassung der dem Beklagten zustehenden Wahl), das Fordern des Interesses bei mittlerweile erfolgtem Untergang des Klagegegenstandes. Jede Änderung in der einen oder anderen der genannten Beziehungen erscheint als wesentliche, als Klageänderung im eigentlichen Sinne. [1])

*) Wetzell: S. 956. — Kleinschrod: Klageänderung 1879. — Bolgiano: Zur Lehre von der Klageänderung, Arch. f. z. P. 60. 252. — Wach: Präklusion und Kontumaz, in Grünhuts Z. 7. 140.

[1]) Vergl. über den Streit betreffend das und des §. 49 a. G. O. Wagners Zeitschr. 1829 II. 173, 1830 I. 30, 1832 II. 288.

Digitized by Google

Dem Wesen nach ist Klageänderung die Zurücknahme der angebrachten und gleichzeitige Erhebung einer neuen Klage. Da nun der Beklagte durch die Zustellung der Klage ein Recht auf Urtheil über dieselbe erlangt (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620), erscheint die Klageänderung ohne Zustimmung des Beklagten grundsätzlich ausgeschlossen.

Der Grundsatz ist aufrecht erhalten bei schriftlicher Klage, gleichviel ob darüber schriftlich oder mündlich zu verhandeln ist; bei mündlicher Klage aber ist Klageänderung in der Verhandlungstagsatzung zugelassen, §. 21; es gilt die protokollarische Klage nur als Mittel zur Einleitung der Verhandlung, in welcher der Richter erst zu erheben hat, was der Landmann in der Hauptsache und in den Nebenverbindlichen begehre, §. 20 a. Wird in der Verhandlungstagsatzung die mündliche Klage geändert, so darf der ausgebliebene Beklagte nicht sofort kontumazirt werden, weil er zur Streitverhandlung über die nun vorliegende Klage nicht geladen ist.

2. Als Klageverbesserung erscheint im Gegensatze zur Klageänderung die Einschränkung des Begehrens, die Ergänzung der Klagebegründung und des Beweises.[2]) Klageverbesserung ist im mündlichen Verfahren zugelassen, gleichviel ob die Klage mündlich oder schriftlich angebracht wurde. Der Kläger kann bei der Verhandlungstagsatzung vor der Streiteinlassung des Beklagten einen Klagenachtrag erstatten, doch ist der Beklagte nicht verpflichtet, ohne Vorbereitung Antwort zu geben, sondern kann die Erstreckung der Tagsatzung auf Kosten des Klägers ansuchen (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620). Dem Kostenersatze kann der Kläger vorbeugen, indem er noch vor der Tagsatzung den Klagenachtrag bei Gericht einbringt, und wenn die Vorbereitung der Antwort des Beklagten es fordert, selbst um Erstreckung der im Klage-

[2]) Die vom Richter im Klagebescheide anzuordnende Verbesserung der wider die Vorschriften der G. O. ausgefertigten Klage kommt hier nicht in Betrachtung.

Digitized by Google

beischeide anberaumten Tagsatzung ansucht. Wird erst in der Verhandlungstagsatzung ein Klagenachtrag angebracht, so ist sofortige Kontumazirung des ausgebliebenen Beklagten auszuschließen.

Im schriftlichen Verfahren ist die Verbesserung der Klage mittelst Klagenachtrages nicht vorbedacht, doch läßt die Praxis solche Klagenachträge zu und weist den Beklagten mit Bestimmung einer neuen Frist zur Einrede an, in der Klagebeantwortung auch auf den Klagenachtrag Bedacht zu nehmen. Die Praxis vermeidet mit der analogen Anwendung der für das mündliche Verfahren erlassenen Bestimmung das gesetzliche Auskunftsmittel des Neuerungsverfahrens für die Replik, und die daraus resultirende Verlängerung des Instruktionsverfahrens.

§. 91.

Der Abschluß des Instruktionsverfahrens.

I. Im schriftlichen Verfahren bildet den Schlußakt des Instruktionsverfahrens die Inrotulirung der Akten. Der Richter hat nach Ablauf des Instruktionsverfahrens nur die Konzepte seiner Verfügungen in den Händen, da die Doppeln der Eingaben mit der erlassenen Verfügung bez. Entscheidung beiden Parteien zugestellt werden. Damit nun das Gericht auf Grund der Akten entscheide, sind diese von den Parteien einzulegen und zu verzeichnen. Dazu ordnet der Richter über die letzte Schrift (Duplik eventuell Gegenschlußschrift), oder über das Gesuch, in welchem die Partei auf die ihr zustehende Schrift verzichtet (womit zugleich die im Konditionalverhältnisse stehende weitere Schrift der Gegenpartei entfällt), oder über das Gesuch, mit welchem eine Partei die Gegenpartei mit Effekt des Ungehorsams beschuldigt, Tagsatzung an. Die Weisung der §§. 238, 239 (313, 314), daß zur Inrotulirung der achte Tag zu bestimmen sei, ist nicht bindend; die im §. 239 a. G. O. bestimmte Frist für den Ungehorsamsantrag schließt eine spätere Einbringung desselben nicht aus (Ref. v. 11. September 1784 Nr. 335); das Recht des

Digitized by Google

Richters zu disziplinärer Behandlung säumiger Advokaten ist auf den Disziplinarrath übergangen.

Advokaten sind angewiesen, die Inrotulirung dadurch zu erleichtern, daß sie die Akten beiderseits außergerichtlich zusammenlegen und beschreiben (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489). In der Praxis fällt es dem Vertreter des Klägers zu, das Verzeichniß der Akten (rotulus, directorium) vorzubereiten. Die Verzeichnung erfolgt (nach der Inst. v. 9. Sept. 1785, II. §. 66 f.) derart, daß die Streitschriften unter fortlaufenden römischen Zahlen angeführt, jeder Streitschrift die Beilagen in der Ordnung und unter der Bezeichnung, mit welcher sie in der Schrift angeführt sind, angefügt, nach der Schrift und deren Beilagen aber chronologisch jene Eingaben (Fristgesuche, Gesuche um Inspektion der Urschriften, Neuerungsgesuche) aufgezählt werden, welche der bezüglichen Schrift vorausgegangen sind (Hfd. v. 17. Dezember 1821 Z. 6472).

Die Inrotulirungstagsatzung kann aus wichtigen Gründen erstreckt (Hfd. v. 30. November 1789 Nr. 1081), sie kann vereitelt werden, indem kein Theil erscheint, in welchem Falle die Parteien das Verfahren zu reassumiren haben, da §. 243 (319), weil disziplinärer Natur, veraltet erscheint.

Die Einlegung der Akten erfolgt von beiden Parteien derart, daß jeder Streittheil die vom Gegner erstatteten Schriften sammt Beilagen legt;[1]) kein Theil ist schuldig, die Urschriften der Urkunden, auf welche er Bezug genommen hat, zu legen, doch wird das nothwendig, wenn sie vom Gegner bei der Inspektion bedenklich erklärt wurden, §. 241 (317), oder der Echtheitsbeweis aussteht.

Erscheint eine Partei in der Tagsatzung nicht, so hat die erschienene Partei des Gegners und ihre Schriften einzulegen, und

[1]) Den Parteien ist vorbehalten, durch Austausch ihre Handakten zu vervollständigen.

Digitized by Google

den Rotel vollständig zu machen, §. 242 (318); ist die erschienene Partei darauf nicht vorbereitet, so kann sie neue Tagsatzung und Ersatz der Kosten der vereitelten Tagsatzung ansuchen (Res. v. 11. September 1784 Nr. 335); zur neuen Tagsatzung sind beide Theile zu laden.

Bei der Inrotulirung kann ein Streit nur darüber entstehen, ob eine Partei eine Beweisurkunde einlegen dürfe [vgl. §. 126 (197) G. O.]; der Streit ist zu Protokoll zu verhandeln und die Urkunde einzulegen; eine abgesonderte Entscheidung dieses Zwischenstreites hat nicht statt, und ist der Richter nur angewiesen, bei der Entscheidung der Streitsache zu erwägen, ob auf die Urkunde Bedacht zu nehmen sei.

Bei Abgang eines erheblichen Anlasses zu einer Streitverhandlung bei Gelegenheit der Inrotulirung sind Reise-, Zehrungs- und Versäumungskosten von Advokaten thunlichst zu vermeiden, daher diese die Akten mit Konsignation dem entfernten Prozeßgerichte zur Inrotulirungstagsatzung einsenden (vgl. Hfd. vom 23. Juli 1792 Nr. 34).

II. Im mündlichen Verfahren bildet den Schlußakt des Instruktionsverfahrens die Verzeichnung der Akten. Diese korrespondirt völlig der Inrotulirung und unterscheidet sich nur dadurch, daß sie in jener Tagsatzung erfolgt, bei welcher das Verfahren zu Folge der Erschöpfung des Streites, oder zu Folge eines Verzichtes, oder eines Ungehorsamsantrages abschließt, und daß die bei Gericht befindlichen Verhandlungsprotokolle an die Stelle der Schriften treten. Die Ungehorsamsbeschuldigung ohne Aktenverzeichnung ist imperfekt, daher wirkungslos.

III. Bei Zwischenstreitigkeiten erfolgt Verzeichnung bez. Inrotulirung nicht bloß, wenn noch immer, wie von der a. G. O. vorbedacht ist, ein Urtheil zu ergehen hat, sondern auch dann, wenn derzeit über kontradiktorische Verhandlung mit Bescheid zu erkennen ist.

Digitized by Google

IV. Nach Rechtskraft des Endurtheiles werden den Parteien die von ihnen eingelegten Akten über Ansuchen gegen Empfangsbescheinigung auf der Aktenkonsignation erfolgt (Exrotulirung, Extradirung), Hfd. v. 14. November 1807 Nr. 827.

Zweiter Abschnitt.

Der Beweis.

I. Der Eid.*)

A. Der Eid als Bekräftigung.

§. 92.

Begriff und Eintheilung des Eides.

Der Eid ist eine Betheuerung mit Beziehung auf Gott (affirmatio religiosa); er ist die Bekräftigung einer Zusage oder einer Aussage, eine Steigerung der Verläßlichkeit und Glaubwürdigkeit derselben.

Man theilt den Eid:

1. in promissorischen und assertorischen, jenachdem er zur Bekräftigung einer Zusage oder einer Aussage dient. Die Eide im Prozesse sind assertorisch; promissorische Eide von prozessualischer Bedeutung sind der Amtseid des Richters, des Notars,

---

*) Wetzell: System S. 250. — Strippelmann: der Gerichtseid 1857. — Krausfold: Eid als Beweismittel 1857. — Orelli: Studien über den gerichtlichen Eid 1858. — Füger von Rechtborn: der Beweis durch Eid im Zivilprozesse 1865. — Glaser: Beiträge zur Reform IV, 1883. — Harrasowsky: Parteienvernehmung und Parteieid 1876. — Pratobevera: Mater. 5. N. 2. — Haimerl: Mag. 11. 1. — Archiv f. z. P. 2, 4, 29, 43, 47.

Digitized by Google

des Mäklers, und der Eid der Sachverständigen als Richtergehilfen;

2. in gerichtlichen und außergerichtlichen Eid. Die im Prozesse zu leistenden Eide sind gerichtliche, d. h. vor Gericht, wenn auch nicht nothwendig bei Gericht abzulegende Eide;

3. in Vor- und Nacheid, jenachdem der Eid der Aussage vorgeht oder nachfolgt. Die von der Prozeßpartei zu leistenden Eide sind, vom Bag.-B. abgesehen, mit der Aussage zu einem Ganzen verbunden (Beieide);[1])

4. in Zeugen- und Parteieid; jener wird von gemeinen oder sachverständigen Zeugen, dieser von der Prozeßpartei, oder für sie geleistet.

Die Parteieide theilt man:

a) in Haupteide im w. S. und in Bescheinigungseide (Glaubhaftmachungseide); jene beziehen sich auf die Streitsache selbst, diese auf eine für den Prozeßgang erhebliche Thatsache. Glaubhaftmachungseide sind der Kalumnieneid, der Eid zur Erwirkung der Verlängerung einer Frist oder Erstreckung einer Tagsatzung, der Paupertätseid, der Manifestationseid. Als Haupteide nennt die G. O. den Haupteid im eng. S. (Schiedseid), den Schätzungs- und Quantitätseid und den Erfüllungseid. Dazu kommt im Summ.-V. der Diffessionseid;[2])

b) in angebotene, mit welchen der Probant direkt seine Behauptung bekräftigt, und zugeschobene (aufgetragene), mit welchen der Probant den Gegner zu eidlichem Widerspruch der Behauptung veranlaßt. Der zugeschobene Eid ist normal rück-

---

[1]) Canstein: Lehrb. II. 331.

[2]) Der Eid nach §. 130 (204) über den Inhalt einer abhanden gekommenen Urkunde erscheint als angebotener Haupteid, der Eid des Mäklers nach ar. 77 H. G. B. als Zeugeneid. Anders Canstein a. a. O. 334 f; er erkennt in den genannten Eiden besondere Eide u. zw. den Supplirungs- und Bucheid.

Digitized by Google

schiebbar, es kann der Probat eidlichen Widerspruch verweigern, und vom Probanten den Eid für die Behauptung fordern;

c) in Wissens- und Glaubenseide. Der Wissenseid der G. O. ist von unmittelbarer Wahrnehmung der zu bestätigenden Thatsache nicht bedingt, er ist auch bei eigener Wahrnehmung nur Überzeugungseid;[3])

d) in freiwillige und nothwendige Eide. Unter jur. necessarium begreift die gemeinrechtliche Doktrin[4]) den Schätzungs- und Erfüllungseid, weil diese Eide eine Beweisgrundlage voraussetzen und vom Richter ohne Parteiantrag gefordert werden können. Nach österreichischem Rechte darf der Richter nur im Summ.-V. den Schätzungs- und Erfüllungseid von Amtswegen auflegen; sonst ist die Zulassung dieser Eide vom Parteiantrage abhängig. Insoweit sind alle Parteieide nothwendige Eide, als die Verweigerung derselben Sachfälligkeit zur Folge hat. Im engeren Sinne freiwillig ist der Schiedseid, weil die Partei mit der Zuschiebung desselben den Streitausgang vom Eide anhängig macht. — Freigestellt ist den Parteien, ihre Streitsache vor Gericht, oder vor einer zum Abschluß exequirbarer Vergleiche berufenen Behörde (nicht aber auch vor dem Gemeindevermittlungsamte, §. 3 G. v. 21. September 1869 R. 150) bedingt von einem bestimmten Eid einer der Parteien zu vergleichen; dieser Eid ist in der vereinbarten Frist bei Gericht anzutreten (§. 199 Straf-G.), und die Ableistung oder Verweigerung wie bei einem gerichtlich auferlegten Eid zu beurkunden (Hfd. vom 4. Feber 1800 Nr. 493, Hfd. vom 5. März 1839 Nr. 348, §. 23 Summ.-V., §. 65 Bag.-V.).

---

[3]) Objektive Unwahrheit der mit einem Wissenseid bestätigten Thatsache genügt daher auch zur Annahme von Meineid nicht. Vergl. aber Canstein a. a. O. 331.

[4]) Wetzell, 274.

Digitized by Google

§. 93.

Die Eidesfähigkeit und Eidesleistung.

I. Der Eid kann als eine Bekräftigung einer Aussage oder Zusage nur dann gelten, wenn sich der Schwörende der Heiligkeit des Aktes und der Strafbarkeit falscher Aussage völlig bewußt ist. Als eidesunfähig[1]) erscheinen demnach jene, welche des Verbrechens des Betruges nicht schuldig befunden werden können, also Unmündige (Hfd. v. 31. August 1798 Nr. 430), Geisteskranke, Volltrunkene (§. 2 Straf-G.), jene, welche zu Folge eines Leibesgebrechens der erforderlichen intellektuellen und religiösen Bildung ermangeln, oder welche zu Folge ihrer Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit die zu bestätigende Thatsache nicht erfahren konnten [vgl. §. 140 a (214).[2]) Eidesfähig sind Personen, welche wegen falschen Eides oder falschen Zeugnisses verurtheilt sind,[3]) Konfessionslose,[4]) und Gottesleugner.[5])

II. Die Bestimmungen des Prozeßrechtes über Parteieide gelten für alle Prozeßparteien; sie gelten, auch wenn eine juristische Person,[6]) ein vermögensfähiger Verein, eine Gesellschaft, eine Genossenschaft Partei ist. Für Gesammtpersönlichkeiten leistet den ihnen zukommenden Eid eine bestimmte physische Person, u. zw. insoweit für die Prozeßpartei überhaupt eine dritte Person mit rechtlicher Wirkung Eide leistet, diese Person (vgl. unten §. 94 III), sonst aber der Vertreter. Eidespflichtiger Vertreter des Fiskus ist nicht die zu rechtsfreundlicher Vertretung berufene Finanzprokuratur, sondern jener Fiskalvertreter, in dessen Kompetenzkreis die Streitsache fällt;[7]) eidespflichtiger Vertreter der Gemeinde ist

[1]) Rizy: Haupteid §. 12 f.
[2]) Besch. v. 30. März 1881, J. B. 109.
[3]) Anders §. 54 Bag.-B.
[4]) Besch. v. 1. Mai 1872. J. B. 73.
[5]) Anders Pratobevera: Mat. 5. 146.
[6]) Ent. v. 10. Dezember 1873 Sp. R. 65.
[7]) Leipen: In der Mittheil. des deut. Jur. B. 1881, 146.

Digitized by Google

der Gemeindevorsteher,[8]) für andere Vereine der Vorstand, insbesondere der Vorstand einer Handelsaktiengesellschaft (ar. 232 H. G. B.) und einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft (§. 20, G. v. 9. April 1873 R. 70). Berufen zur Eidesleistung für die Korporation, den Verein, die Gesellschaft ist der Vorstand zur Zeit, in welcher der Eid zu leisten ist,[9]) ohne Rücksicht auf die Zeit, in welcher die zu bestätigende Thatsache vorfiel, und auf die Vorstandschaft zur Zeit des Prozeßbeginnes. Besteht der Vorstand aus mehren Mitgliedern, so besteht Zweifel, ob alle Mitglieder, oder die zur Beschlußfassung erforderliche Zahl, oder mindestens zwei Mitglieder zu schwören haben, oder auch der Eid eines Vorstandsmitgliedes genüge.[10]) Es kann bei Abgang besonderer Anordnung mit Bedacht auf die Heiligkeit des Eides, welche jede entbehrliche Eideshäufung ausschließt, der Eid eines Vorstandsmitgliedes als zureichend erachtet werden. Haben alle Vorstandsmitglieder von der festzustellenden Thatsache gleiche Wissenschaft, so ist jedes Mitglied gleichmäßig zum Eid qualifizirt; andernfalls ist der Eid jenes Mitgliedes maßgebend, welchem die zu verifizirende Thatsache näher liegt. Den Schwurmann bezeichnet bei Eidesanbietung der Vorstand selbst, bei Eideszuschiebung der Deferent.

Die offene und Kommanditgesellschaft wird im Prozesse wie bei anderen Rechtsgeschäften von jedem zur Repräsentation berechtigten Gesellschafter, bei Kollektivrepräsention von den gesammtberechtigten Gesellschaftern vertreten (ar. 117 H. G. B.). Dieser

---

[8]) Ar. XII. G. v. 5. März 1862 R. 18, §. 55 der Gemeindeordnung für Böhmen vom 16. April 1864.

[9]) Adler und Cl.: Sammlung der Entsch. Z. 494.

[10]) Den Eid aller Vorstandsmitglieder einer Actiengesellschaft fordert die Entsch. des R. O. H. G. 14. 171; Thöl: Handelsrecht 5. Aufl. I. 514. Die gemeinrechtliche Praxis fordert den Eid von zwei Mitgliedern (Linde: Archiv f. z. P. 10. 1 — 13. 181; Viereck: Betrachtungen 1848). Arnold: Über Eidesleistung 1843, §. 26 hält einen Schwurmann für genügend.

Digitized by Google

Repräsentant einer Handelsgesellschaft ist zur Ablegung von Eiden Namens der Gesellschaft nicht bestimmt, er wollte dazu nicht berufen werden,[11]) und läßt sich eine solche Berechtigung auch nicht aus der Fiktion eines Personensondervermögens (ar. 111 H. G. B.) ableiten.[12]) Es liegt eine Vermögensmasse vor, für die mehre Vertreter bestehen, welche wie andere Vertreter derselben Masse (Mitvormünder) als Streitgenossen zu behandeln sind (vgl. unten §. 94. III und §. 95. V). Daraus folgt, daß der Eintritt in die Gesellschaft, wenn auch solidarische Haftung für die Vergangenheit, so doch nicht den Eintritt in den Prozeß und in die Eidesrolle begründet, und das Ausscheiden aus der Repräsentation oder aus der Gesellschaft nicht schon ein Ausscheiden aus dem hängenden Prozeß zur Folge hat.[13])

III. Über die Eidesleistung sind Bestimmungen gegeben, welche dem Schwurpflichtigen die Heiligkeit und Bedeutung des Aktes zum Bewußtsein bringen sollen.

Der Eid ist zu leisten:

a) vor Gericht, d. h. vor einem Richter und beeideten Protokollführer;

b) bei Gericht. Eine Ausnahme hat statt bei alten und kranken Personen, §. 229 (303), eventuell auch für Zeugen und Sachverständige, wenn die Amtshandlung außer dem Gerichtslokal gepflogen wird;

c) von der Partei in Anwesenheit der Gegenpartei oder eines Vertreters derselben, §. 226 (300), von den Zeugen außer Dringlichkeitsfällen in Anwesenheit der Parteien (§. 19 Pr. N.) und ebenso von den Sachverständigen, welche bei allgemeiner Beeidigung vor den Parteien an den abgelegten Eid zu erinnern

[11]) Protokolle, 125.

[12]) Vergl. allerdings die Ent. des R. O. H. G. 11. 16.

[13]) Renaud: Kommanditgesellschaft, S. 381. — Anders Behrend: Handelsrecht, I. 526: Eidesleistungen Namens der Gesellschaft obliegen den zur Zeit der Eidesabnahme vertretungsbefugten Mitgliedern der Gesellschaft.

Digitized by Google

sind — überall vorausgesetzt, daß die Partei über Ladung zur Beweisaufnahme erscheint:

d) nach vorläufiger admonitio de evitando perjurio. Es hat der Richter vor der Eidesablegung den Schwurpflichtigen in einer, dessen Bildungsgrad und Fassungskraft angemessenen Weise an die Heiligkeit des Eides vom religiösen Standpunkt, an die Wichtigkeit des Eides für die Rechtsordnung, an die zeitlichen und ewigen Strafen des Meineides zu erinnern,[14]) und zu bedeuten, daß der Eid im Sinne des Gerichtes, daher ohne allen Vorbehalt und ohne Zweideutigkeit abzulegen sei (G. v. 3. Mai 1868 R. 33, §. 3). Bei Parteieiden ist mit der Meineidserinnerung eine umständliche Erklärung des zu beschwörenden Satzes zu verbinden, und die Partei zu befragen, ob sie genau nach dieser Norm zu schwören bereit sei (Hfd. v. 22. Jänner 1820 Nr. 1645);

e) unter Beobachtung der nach der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses vorgeschriebenen Feierlichkeiten, bei welchen alle Anwesenden zu einem, dem Akte entsprechenden Benehmen zu verhalten sind (Hfd. v. 17. Nov. 1826 Nr. 2231). Nach dem Gesetze vom 3. Mai 1868 R. 33 schwören alle Personen, welche sich zur christlichen Religion bekennen, vor einem Kruzifix und zwei brennenden Kerzen, unter Emporheben des Daumens und der zwei ersten Finger der rechten Hand; nur bei helvetischen Konfessionsverwandten haben Kruzifix und Kerzen zu entfallen (Hfd. v. 21. Dez. 1832 Nr. 2582). Konfessionslose schwören ohne Kruzifix und Kerzen, es ist auch bei Parteieinverständniß auf ihr

---

[14]) Bei Geistlichen hat sich der Richter auf eine kurze Andeutung der strafrechtlichen Folgen und die Bemerkung zu beschränken, daß die religiöse Bedeutung und Heiligkeit des Eides dem hierzu Aufgeforderten vermöge seines Standes wohl bekannt sei. Diese Vorschrift ist insbesondere genau zu beachten, wenn der Eid in die Hände einer Gerichtsperson anderer Confession abzulegen ist. J. M. E. v. 18. Juli 1857 Z. 14748.

Digitized by Google

früheres Bekenntniß kein Bedacht zu nehmen.[15]) Israeliten haben bei der Eidesleistung das Haupt zu bedecken, und die rechte Hand auf die Thora, zweites Buch Moses, 20. Kap. 7. Vers zu legen. Mohamedaner können, wenn das Gericht mit einem Exemplar des Korans versehen ist, angewiesen werden, während der Ablegung des Eides die rechte Hand auf dasselbe zu legen; für keinen Fall darf ihnen gestattet werden, den Zeigefinger der einen Hand in die Höhe zu halten (Hfd. v. 26. August 1826 Nr. 2217);

f) unter Gebrauch der gesetzlichen Eidesformel.[16]) Die Eidesformel für Eide aller Art bestimmt ohne Rücksicht auf das Religionsbekenntniß des Schwörenden das Gesetz v. 3. Mai 1868 R. 33,[17]) für Mohamedaner aber das Hfd. vom 26. August 1826 Nr. 2217.[18])

Die Eidesformel hat der Richter dem Schwörenden unter Beobachtung der vorgeschriebenen Feierlichkeiten vorzusagen, und

---

[15]) Besch. v. 1. Mai 1872, Jud. B. 73.

[16]) Arnold: Die christl. Eidesformel 1851.

[17]) Die Eidesformel lautet: Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid;

Zeugen: daß ich über Alles, worüber ich von dem Gerichte werde befragt werden, die reine und volle Wahrheit und nichts als die Wahrheit aussagen werde;

Sachverständige: daß ich den Befund und mein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und nach den Regeln der Wissenschaft (der Kunst, des Gewerbes) ablegen werde;

Parteien: daß (Inhalt der festzustellenden Behauptung)

(allgemeiner Schluß): so wahr mir Gott helfe.

[18]) Der Mohamedaner hat im Falle eines Parteieides nach der Meineidserinnerung die Umstände, welche zu beschwören sind, wie sie ihm der Richter vorsagt, laut und vernehmlich nachzusprechen und auf die anzuschließende Frage: Schwörst du bei Gott? zu antworten: Jemin ederim! (Ich schwöre), und eine der folgenden Formeln, oder auch alle drei zugleich beizufügen: Billahi Taala (bei Gott dem Allerhöchsten), oder Wallahi (bei Gott), oder Bismillahi (im Namen Gottes). — Zeugen mohamedanischer Religion wird eine allgemeine Betheuerung, daß sie die Wahrheit aussagen werden, und wenn sie dieselbe nachgesprochen haben, die Frage vorgehalten, und die Betheuerung abverlangt, wie bei dem Parteieid.

Digitized by Google

dieser sie nachzusprechen (gelehrter, gestabter Eid). — Für die Beeidigung eines Stummen bestimmt das Hfd. v. 28. Sept. 1842 Nr. 644, daß die Eidesformel von ihm selbst, und wenn ihm dies zu schwer wäre, von einem Dritten niederzuschreiben, und ihm (unter Beobachtung der Feierlichkeiten) in Gegenwart zweier Zeugen, denen seine Geberden bekannt sind, vorzulesen, er bei jedem Satze zur Abgabe eines Zeichens der Bestätigung aufzufordern, und von ihm die Eidesformel mit dem Beisatz zu unterschreiben sei, daß er den Aufsatz der Eidesformel als wahr beschwöre — mit Beifügung der Betheuerungsformel. Für die Beeidigung von Taubstummen bestimmt J. M. E. v. 23. Sept. 1850 Z. 12926; ist der Zeuge des Lesens und Schreibens kundig, so ist ihm die Eidesformel zum Durchlesen zu geben, und nach vorausgegangener schriftlicher Meineidserinnerung von ihm zu unterzeichnen. Kann man sich mit ihm durch einen beeideten Dolmetsch verständigen, so ist ihm die Meineidserinnerung und Eidesformel auf diese Art beizubringen, und ebenso von ihm der Eid abzulegen. Ist keiner dieser Wege möglich, so hat die Beeidigung zu unterbleiben.

IV. Befreit vom Eide sind: 1. die Mitglieder des Kaiserhauses; bei diesen hat eine an Eidesstatt abgegebene schriftliche Erklärung für die wirkliche Ablegung des Eides zu gelten (J. M. E. v. 14. Mai 1854 Z. 8346); 2. Personen, welche vermöge ihrer Religionslehre die Eidesablegung für unerlaubt halten, hingegen ihre feierliche Versicherung so heilig, wie andere Religionsgenossen den Eid erkennen, z. B. Mennoniten. Bei diesen ist sich, nach vorläufiger Ermahnung zur Wahrheit, mit der Versicherung durch Handschlag zu begnügen (Hfd. v. 10. Jän. 1816 Nr. 1201).[19])

---

[19]) Lippowaner haben bei der Versicherung durch Handschlag im Falle eines affirmativen Eides die Worte: Jey, Jey, Istenno jest, — im Falle negativen Eides die Worte: Ni, Ni, Niprawda zu sagen. J. M. E. v. 12. März 1859 Z. 3979.

Digitized by Google

B. Die Parteieide.

§. 94.

1. Im Allgemeinen.

Den Parteien obliegt, bei rechtlichen Vorgängen für den künftig nothwendigen Beweis vorzusorgen. Da nun aber die Beiziehung von Zeugen, und die briefliche Beurkundung nicht bei allen solchen Vorgängen möglich ist, und selbst da, wo sie möglich wäre, zur Hemmung und Belästigung des Verkehres sich gestalten könnte, überdies auch die Beweismittel dem Untergange ausgesetzt sind, werden die Parteien zu eidlicher Aussage, im Bag.-V. zu eidlichem Zeugniß zugelassen.

I. Die eidliche Aussage der Partei ist unzulässig:

1. wenn die Behauptung nicht eine Thatsache, sondern ein juristisches Urtheil (den Bestand oder Nichtbestand der Schuld, Hfd. v. 18. Feber 1846 Nr. 935),[1]) oder ein fachmännisches Urtheil (also Verhältnisse, deren Wahrnehmung und Beurtheilung Fachkenntnisse fordert) begreift;

2. wenn die Thatsache in das Bereich der Amtsverschwiegenheit fällt (§. 12, G. v. 12. Juli 1872 R. 112 über den Syndikatsprozeß);

3. wenn Umstände festzustellen sind, deren objektive Wahrheit das Gesetz ermittelt wissen will. Es ist ausgeschlossen der Eid der Ehegatten über den Bestand von Ehehindernissen und Ehetrennungsgründen, §§. 99, 115 b. G. B., §. 13 Ehe-V.; eine Ausnahme gilt bei Klagen auf Trennung einer Judenehe, welche gleich einer anderen Streitsache zu behandeln sind, §. 135 b. G. B. Es ist ausgeschlossen zu erachten der Eid der Mutter über Umstände,

[1]) Schrutka-H. in Grünhut's Z. 12, 47: Gegenstand des Eides sind nicht Rechtssätze, nicht der Prozeßanspruch, wohl aber Prämissen der richterlichen Erkenntniß, auch wenn sie in konkreten Rechten oder Rechtsverhältnissen bestehen, falls sie lediglich nach ihrer faktischen Seite streitig sind.

Digitized by Google

welche die Unehelichkeit eines innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes geborenen Kindes begründen (§. 158 b. G. B.);[2])

4. über das Wissen oder Nichtwissen eines Umstandes, von welchem die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung eines zahlungsunfähigen Schuldners, und die Aufrechenbarkeit einer Gegenforderung im Konkurse abhängt (G. v. 16. März 1884 R. 36 §. 48 und R. 35, §. 1).[3])

Nicht ausgeschlossen erscheint der Eid über strafgesetzwidrige Thatsachen, über Willensrichtung und Gesinnung; stets muß aber die zu beschwörende Thatsache genügend bestimmt sein.[4])

II. Die eidliche Aussage der Partei ist an sich bedenklich, daher für den Richter nur ein subsidiäres Feststellungsmittel. Das Gericht läßt den Eid nur bei Abgang oder Unzulänglichkeit anderer Beweismittel im bedingten Endurtheile zu: die Zulassung des Haupteides (Schiedseides) wird durch den Beweis zur Gewissensvertretung, §. 204 (276), die Zulassung des Eides über den Inhalt der durch Verschulden des Gegners in Verlust gekommenen Urkunde durch anderen Beweis, §. 130 (204), die Ablegung des zugelassenen Eides durch probatio pro evitando perjurio, §. 231 (305) ausgeschlossen.

Soweit der Eid Beweissurrogat ist (Haupt- und Würderungseid), hat der Richter wohl die Eidesfähigkeit, nicht aber die Momente, von welchen die Glaubwürdigkeit der eidlichen Aussage bedingt ist, zu prüfen, weil in diesen Fällen die Überzeugung des Richters nicht in Frage kommt. Wo aber der Richter den Eid zur Begründung seiner Überzeugung von der Wahrheit der unvollständig bewiesenen Thatsache zuzulassen hat, also bei dem Quantitäts- und Erfüllungseide, §§. 212, 217 (286, 291), hat er allerdings jene Momente, welche die Glaubwürdigkeit der eid-

[2]) Vgl. die Ent. vom 5. Mai 1858, Z. 4058.
[3]) S. auch unten §. 100.
[4]) G. U. 650. 2122.

Digitized by Google

lichen Parteiaussage bestimmen, sorgfältig zu erwägen, und den Eid von Personen zurückzuweisen, welche wohl eidesfähig, aber nicht glaubwürdig sind.—

Als Vorkehrungen, welche die Bedenklichkeit des Parteieides zu mindern bestimmt sind, erscheinen die bei der Eidesleistung zu beachtenden Feierlichkeiten. Für die Parteieide ist noch insbesondere hervorzuheben, daß sie bei dem Prozeßgerichte abzulegen sind. Das Ansuchen des Schwurpflichtigen um Eidesabnahme durch das Gericht des Aufenthaltes ist wohl zugelassen, §. 225 (299), aber vom Prozeßrichter einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen, weil er, indem er dem Schwurpflichtigen Kosten und Ungelegenheit ersparen will, leicht dem Gegner desselben gleich große Kosten und Ungelegenheit auflastet. Der Gegner des Schwurpflichtigen hat ein Recht zur Intervention bei der Meineidserinnerung und Beeidigung, §. 226 (300), und wenn er auch dazu „Jemanden bestellen" kann, der nicht Advokat sein muß, so bleibt doch fraglich, ob er hiermit seine Interessen ausreichend zu wahren in der Lage ist. Es können eben bei der Eidestagsatzung selbst noch Bedenken gegen die Abnahme des Eides angeregt werden, in welchem Falle die Eidesabnahme zur sistiren ist, bis die eventuell „mittelst Hofrekurses unterlegte Frage, ob mit der Ablegung des Eides einzuhalten sei, entschieden ist" (Hfd. v. 26. Sept. 1842 Nr. 642). Diese Bestimmung über Sistirung der Eidesabnahme ist auch anzuwenden, wenn gegen konforme Urtheile, welche den Eid zulassen, eine außerordentliche Revision ergriffen wurde.[5])

Da die Feierlichkeiten bei der Eidesleistung auf den Schwurpflichtigen einzuwirken bestimmt sind, ist die Ablegung des Eides durch einen Sachwalter (das jurare in animam domini seu constituentis) ausgeschlossen, §. 223 (297).

III. Der §. 223 (297) schließt nicht aus, daß an Stelle der Prozeßpartei, aber mit Wirkung für sie, ein Dritter mit eigener

[5]) Ent. v. 4. Juni 1873, Sp. N. 51.

Digitized by Google

Gewissensbelastung und Straffälligkeit den Eid leiste. Es leistet den Eid für die Prozeßpartei: 1. der Vertreter einer juristischen Person,[6]) eines Vereines, einer Gesellschaft mit Parteifähigkeit: 2. der Vormund und Kurator der Prozeßpartei,[7]) der als solcher Träger der Parteirechte und Parteipflichten ist, §. 207 (280). Handelt es sich um Thatsachen, von welchen der Pflegebefohlene Wissenschaft hat, so kann ihm, wenn er eidesfähig ist, die Ablegung des Eides überlassen werden (Hfd. v. 31. August 1798 Nr. 430). Von Mitvormündern schwört derjenige, welcher zu der streitigen Thatsache in engster Beziehung steht; 3. der Intervenient;[8]) 4. nach Lage der Verhältnisse ein Streitgenosse für alle übrigen. Da die G. O. über den Eid bei Streitgenossenschaft nichts bestimmt, ist auf die Natur der Sache und die Praxis Bedacht zu nehmen. Soweit der Eid zur Ergänzung der richterlichen Überzeugung dient (Quantitäts- und Erfüllungseid), ist der Effekt des Eides für die Streitgenossen nicht theilbar; der Richter kann dem einen Streitgenossen gegenüber seine Überzeugung nicht negiren, sobald er sie dem anderen Streitgenossen gegenüber als vorhanden erklärt. Der Richter wird daher bei der Zulassung der genannten Eide prüfen, ob die Parteiaussage, wie sie angeboten ist, zur Begründung seiner Überzeugung ausreiche, und den zugelassenen Eid für alle Streitgenossen entscheidend erklären, weil er die Aussage dieser Person als Zeuge, welche durch die Streitgenossenschaft ausgeschlossen wird, als entscheidend hätte ansehen müssen. Was aber den Haupteid betrifft, so geht die Praxis davon aus, daß sich mehre Streitgenossen zur Zuschiebung des Eides derart verbinden können, daß sie einen aus ihrer Mitte bezeichnen, welcher

---

[6]) Ent. v. 24. Juli 1872 und v. 10. Dezember 1873, Sp. R. 7 und 65. G. U. 4645. 4665. 4780. 4792.

[7]) Jud. B. 34. G. U. 5336.

[8]) G. U. 1056. 1161. 2559.

Digitized by Google

im Rückschiebungsfalle den Eid für alle ablegen soll;[9]) der Delat vermag sich einer solchen Eideszuschiebung nicht zu erwehren, weil die Praxis in dem vom Relaten ohne Zusatz zu leistenden Eid eine Wahrheitsfeststellung erkennt.[10]) Als Wahrheitsfeststellung erscheint der Eid des Delaten mit dem Zusatz „des Wissens und Erinnerns" nicht, daher dieser Eid eines einzelnen Streitgenossen für die anderen an sich unentscheidend erscheint[11]) (S. §. 95).

IV. Der Parteieid gilt als abgelegt:

1. wenn der Gegner dem Schwurpflichtigen den Eid erläßt; berechtigt zum Erlaß ist nur derjenige, welcher die Streitsache zu verschenken befugt ist, §. 222 (296);

2. wenn der Schwurpflichtige vor Ablegung des Eides stirbt; vorausgesetzt wird nach §. 233 (307): a) daß „Jemand vor Ablegung eines ihm zuerkannten Eides" gestorben ist; gleichgiltig ist, ob der Tod nach dem Urtheile, oder vor demselben[12]) eingetreten ist, wenn nur keine Sukzession der Erben in die Parteirolle statt hatte, weil im Sukzessionsfalle nicht auf den Eid des Verstorbenen, sondern auf den Eid der Nachfolger zu erkennen ist: — b) daß der Verstorbene sich zur Ablegung dieses Eides „gerichtlich angeboten" hat, sei es in einer Verhandlungstagsatzung zu Protokoll, oder in einer von ihm unterschriebenen Streitschrift, oder in der vom Advokaten[13]) aufgenommenen, von der Partei gefertigten species facti oder in einer Spezialvoll-

---

[9]) Nippel I. 512. — Glaser: Beiträge zur Reform 126. — G. U. 1215.

[10]) Vgl. auch Rizy: Haupteid §. 9.

[11]) Vgl. Canstein: Lehrb. II. 346: Kroll: Klage und Einrede, 159.

[12]) Vergl §. 307 g. G. O. und G. U. 6479 (anders 821, 1354).

[13]) Die Entscheidungen G. U. 3707 und 5159 begnügen sich auch mit der Erklärung in einer species facti, welche ein Konzipient, oder in summar. Rechtssachen (Ent. v. 6. November 1873, Sp. R. 62) ein gemeiner Bevollmächtigter aufgenommen hat, berücksichtigen also nicht, daß nur von einem beeideten Sachwalter eine entsprechende Meineidserinnerung zu erwarten ist.

Digitized by Google

macht, auf Grund welcher die Ablegung des Eides von dem Vertreter angeboten wurde (Hfd. v. 5. März 1795 Nr. 222);[14]) — c) daß er die Ablegung des Eides weder durch eine Appellation, noch sonst wie verzögert hat (Hfd. v. 15. Juli 1784 Nr. 317).[15]) Analoge Anwendung dieser Bestimmungen bei Verhinderung des Eides durch Geistesstörung wird ausgeschlossen.[16]) Die Bestimmungen gelten im Falle der Todeserklärung, der Justifizirung, und des Selbstmordes, wenn dieser zur Eidesleistung außer Beziehung steht.[17]) Das Verfahren gestaltet sich folgendermaßen. Der im Urtheile zugelassene zugeschobene oder rückgeschobene Haupteid (Hfd. v. 26. April 1792 Nr. 10), Würderungs-, Quantitäts- und Erfüllungseid wird von dem Vertreter rechtzeitig angetreten; in diesem Gesuche werden die Voraussetzungen für die Eidesjurrogirung ausgeführt, hierüber in einer Tagsatzung verhandelt, und mit Bescheid erkannt, ob der Eid als abgelegt zu gelten habe (Hfd. v. 26. April 1822);

3. bei Vorlage einer eigenhändig unterschriebenen und bestätigten Eidesformel, wenn der Schwurpflichtige abwesend, und die Abnahme des Eides durch Ersuchen eines Gerichtes unthunlich ist; doch gilt in diesem Falle der Eid nur für die Dauer des Hindernisses abgelegt, ist also nach Wegfall desselben zu leisten, §§. 227, 228 (301, 302). Der Vorgang ist folgender. Der Vertreter des Abwesenden tritt den im Urtheile zugelassenen Eid bei dem Prozeßgerichte rechtzeitig an und bittet, indem er die

---

[14]) Die unter Beobachtung des §. 165 der St. P. O. zu Protokoll abgegebene Zeugenschaft der verstorbenen Partei wurde in der Ent. v. 11. Juni 1884, Spruchp. 2. 37, nicht als Anbietung des Eides anerkannt.

[15]) Die von der Gegenpartei eingebrachte Strafanzeige schließt die Anwendung dieser Bestimmungen nicht aus, G. U. 1867. Jur. Bl. 1885: 21.

[16]) Ent. v. 24. Dezember 1872, Sp. R. 34; — Besch. v. 25. Feber 1873 Jud. B. 79.

[17]) Jur. Bl. 1873 S. 48, G. U. 4923, Mit. des deut. Jur. V. in Prag 1881, 182.

Digitized by Google

Abwesenheit des Schwurpflichtigen und die Unthunlichkeit der Eidesabnahme darthut, und die von dem Schwurpflichtigen bestätigte Eidesformel vorlegt, oder zugleich um eine Frist zur Beibringung derselben ansucht, das Gericht wolle den Eid für die Zeit bis zum Wegfall des Hindernisses für abgelegt erklären. Über dieses Gesuch ist nach Einvernehmung des Gegners (Tagsatzung) mit Bescheid zu erkennen. Wird der Eid durch die Eidesformel surrogirt erkannt, so „tritt der Streittheil in die ihm aus dem Erkenntnisse zugehenden Rechte ein". Nach Wegfall des Hindernisses ist der Eid abzulegen, widrigens er als verweigert gilt; daher ist bis dahin auch nur Exekution gegen Sicherstellung zulässig. Zu leisten ist der Eid thunlichst bald;[18]) meldet sich der Schwurpflichtige nicht selbst zum Eid, so kann der Gegner um Anordnung einer Tagsatzung zur Ablegung des Eides ansuchen, deren Versäumung die Folgen der Eidesverweigerung begründet.

V. Die Ablegung des Eides begründet die für diesen Fall im Urtheil festgestellten Folgen. Hinfällig wird die Wirkung des abgelegten Eides, wenn der Eidesleister vor dem Strafrichter eines falschen Eides geständig oder überwiesen wird, §§. 234, 235 (309, 310). In der Strafverhandlung können neu aufgefundene Beweismittel, es können aber auch solche Beweismittel benützt werden, welche zur Zeit der Eidesleistung bekannt waren und zur Verfügung standen.. Eine Restitution bei dem Zivilgerichte, insbesondere auch die Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel ist durch diese Anordnung[19]) ausgeschlossen; der Eid ist der Überprüfung des Zivilrichters entzogen, u. zw. nicht bloß, soweit Feststellung von Meineid, sondern auch, wenn lediglich

[18]) Es ist sich an die Frist des §. 224 a. G. O. nicht so genau zu binden. Der §. 301 g. G. O. bestimmt genau, daß der Eid binnen 14 Tagen nach Wegfall des Hindernisses anzutreten sei.

[19]) Sie folgt dem gemeinen Rechte, Wetzell 292; Fitting: Lehrbuch, 5. Aufl. 200 und 205; Wach: Vorträge 168.

Digitized by Google

die Feststellung eines Irrthums (die objektive Unrichtigkeit der beschworenen Thatsache) in Frage kommt.[20]) Diese Anordnung gilt, auch wenn der Eid vom Gegner erlassen wurde, weil der Erlaß eine Anerkennung der Gewissenhaftigkeit des Schwurpflichtigen ist; sie gilt nicht, wenn der Eid durch die Bestätigung der Eidesformel ersetzt ist, weil bis zur wirklichen Eidesleistung die Geltendmachung von Beweismitteln zur Vermeidung falschen Eides zugelassen ist, §. 231 (305); sie gilt nicht, wenn der Eid in Folge des mittlerweile eingetretenen Todes für abgelegt erklärt wurde, weil diese Erklärung der Eidesleistung nicht gleichsteht.

VI. Das Gesetz hat alle Vorkehrungen für die Zuverläßigkeit des Eides der Ablegung vorausgestellt, um die Überprüfung der Wahrheit entbehrlich zu machen. Es schließt die Abnahme des Eides aus, sobald sich aus der Person, oder aus den nach dem Parteiverhältnisse noch in Betrachtung fallenden Umständen Bedenken ergeben, es wahrt überdies dem Gegner des Schwurpflichtigen das Recht, dem Eid bis zur Ablegung durch Beweis hindernd entgegenzutreten.

Über diese probatio pro evitando perjurio, welche zu Folge ihrer eben bezeichneten Bestimmung, und weil sie von der G. O. in das Kapitel „Von den Eiden insgemein" aufgenommen ist, nicht auf den aufgetragenen Eid (Haupteid) beschränkt werden darf,[21]) bestimmt §. 231 a. G. O. und Hfd. v. 30. Okt. 1788 Nr. 911 Folgendes: Der Gegner desjenigen, der schwören soll, kann vor oder bei der Tagsatzung, welche zur Ablegung des Eides angesetzt wird, Beweismittel namhaft machen, welche in dem abgeführten Prozeß nicht vorgekommen sind, und indem er standhaft darthut, daß diese Beweismittel im Prozesse nicht geflissentlich (um die Rechtssache zu verzögern oder zu verdunkeln)

[20]) Rizy a. a. O. 160 hebt im Anschluß an Pratobevera, Mat. 5 N. 2, die Eigenthümlichkeit der Anordnung der §§. 234 und 235 hervor, läßt aber doch im letztgenannten Falle eine Ausnahme zu.

[21]) Anders G. U. 429.

Digitized by Google

verschwiegen wurden,[22]) bitten, der Richter wolle die Eidesabnahme sistiren und ihm gestatten, mittelst der genannten Beweismittel die Unwahrheit dessen darzuthun, was der Gegner schwören soll. Der Antrag hat auch statt, wenn verhindert werden will, daß der von einem Verstorbenen angebotene Eid für abgelegt erklärt werde.[23])

Über diesen Antrag ist die Eidesabnahme, wenn sie bereits angeordnet ist, zu sistiren, und bei einer Tagsatzung zu verhandeln: a) ob die beigebrachten Beweismittel zu dem abgeführten Prozesse gehören; nicht nothwendig ist, daß sich die Beweismittel direkt auf die in die Eidesformel aufgenommenen Umstände beziehen, es genügt, wenn auch nur indirekt daraus hervorgeht, daß bei rechtzeitiger Beibringung derselben der Eid nicht zugelassen worden wäre;[24]) b) ob sie in dem abgeführten Prozeß nicht gestissentlich verschwiegen wurden. Die Relevanz der Beweismittel für die Entscheidung der Streitsache bleibt vorläufig unerörtert. Veranlaßt der Antrag einen Parteistreit, so erkennt der Richter nach gepflogener Verhandlung mit Urtheil, ob die Beweisführung mit bestimmt bezeichneten Beweismitteln unbedingt oder gegen Ablegung des Neuerungseides zugelassen oder verweigert werde. Im Falle der Abweisung des Gesuches hat der Antragsteller über Verlangen die Kosten der Zwischenverhandlung zu ersetzen; im Falle der Bewilligung ist die Entscheidung über die Kosten für das Urtheil in die Streitsache vorzubehalten.[25]) Der zugelassene Beweis ist mit Klage dem Richter vorzulegen (judicium rescissorium), für welche eine Frist zu bestimmen, und über welche sohin, wie für die Hauptsache vorgeschrieben, zu verhandeln ist. Gelingt der Beweis, so ist auf das Widerspiel dessen zu er-

[22]) Die Beweismittel müssen also nicht neu aufgefunden sein, G. U. 5718.
[23]) G. U. 6659.
[24]) G. U. 3122, 4014.
[25]) Vergl. die Ent. v. 24. Mai 1877, Sp. R. 92.

Digitized by Google

kennen, was für den Fall des verhinderten Eides Rechtens gewesen wäre; mißlingt der Beweis, so ist der gehinderte Eid für abgelegt zu halten.[26])

Die Partei, welche nach dem Inhalt des Urtheils selbst zu schwören hat, kann ihren Eid durch mittlerweile ermittelte Beweismittel nicht vermeiden (Hfd. v. 30. Okt. 1788 Nr. 911); sie dienen ihr zur Gewissensberuhigung. Den in einen Rechtsstreit eintretenden Erben ist Wiedereinsetzung zur Geltendmachung neuer Beweismittel nicht versagt.

2. Der Haupteid.*)

§. 95.

Begriff. Voraussetzungen der Delation.

I. Der Haupteid ist der vom Probanten, regelmäßig unter Anbietung des Eides über die Wahrheit des Beweissatzes, dem Probaten zugeschobene Eid über das Widerspiel des Beweissatzes.

Die Eideszuschiebung ist kein Zwang zum Zeugniß,[1]) weil der Eid des Delaten mit Zusatz (§. 206 [279]) kein Zeugniß ist, und ihm Annahme, Zurückschiebung und Gewissensvertretung zur Wahl steht; sie ist kein prozessualisches Rechtsgeschäft,[2]) weil der

[26]) Im Geltungsgebiete der g. G. O. ist judicium rescindens und rescissorium verbunden (§. 305 und Hfd. v. 14. Sept. 1827 Nr. 2306), daher sind in dem Antrage um Zulassung zur Beweisführung zur Meineidsverhinderung die bezüglichen Beweismittel sofort anzubieten. — Wird über solchen Antrag ein Zeugenbeweis bedingt vor der Ablegung des Neuerungseides zugelassen, so ist gegen dieses Beiurtheil, trotz §. 17 Pr. N., sofortiges Rechtsmittel zulässig; Ent. v. 24. Mai 1877, Sp. R. 92.

*) Wetzell 251, 281. — Rizy: Haupteid 1837. — Glaser: Beiträge zur Reform 1883. IV. — Pratobevera: Mater. 5, N. 2. — Wagners Zeitschr. 1848 II. 320. — Der Jurist 10. 275, 18. 369. — Themis N. f. 1. 101.

[1]) Canstein, Zeitschr. f. d. Z. P. 2. 314. — Derf.: Lehrb. II. 312. 406.

[2]) Wendt im Archiv f. z. P. 63. 271.

Digitized by Google

Delat den Antrag nicht einfach ablehnen kann. Sie ist ein Akt des Vertrauens und Zwanges zugleich;[3]) ein Akt des Vertrauens, indem sie den Streitausgang in die Gewissenhaftigkeit des Gegners stellt, — ein Akt des Zwanges, indem sie ihn zum Geständniß, oder zur Annahme oder Rückschiebung des Eides, oder zur Gewissensvertretung drängt.

Der Eid ist nicht Urtheilssurrogat, sondern Grundlage des Urtheils, Feststellung bestrittener Thatsachen. Trotz den Vorkehrungen zur Wahrung der Heiligkeit des Eides und zur Hinderung von Meineid, bezielt der Haupteid nicht die Begründung der richterlichen Überzeugung; die Glaubwürdigkeit des Schwörenden ist nicht Bedingung der Zulassung des Eides, nicht Voraussetzung der Wahrannahme. Der Eid ist zuzulassen, weil ihn der Probant deferirt; die beeidete Thatsache ist als wahr anzunehmen, weil sich die Partei einer nachtheiligen Entscheidung auf diesen Fall unterwirft. Die Eidesdelation ist ein Dispositivakt, daher ausgeschlossen über Umstände, deren Wahrheit zu ermitteln ist; sie ist Beweissurrogat, daher wie der Beweis auf Thatumstände beschränkt (s. §. 94).

II. Befugt zur Auftragung des Haupteides ist die Partei und derjenige, welcher für sie die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, §. 203 (275). Der Vertreter der Prozeßpartei wird also besondere Ermächtigung einholen müssen (der Vormund und Kurator den Konsens der Pflegschaftsbehörde §§. 233, 282 b. G. B., Hfd. v. 31. August 1798 Nr. 430, der Konkursmasseverwalter den Konsens des Konkurskommissärs, bez. Gläubigerausschusses, §. 147 Kon. O.), wenn ihm nicht an sich Vergleichsbefugniß zusteht; der Prokurator bedarf besonderer Ermächtigung zum Vergleiche, oder zur Ordnung der Rechtssache durch Eidesdelation (§. 1008 b. G. B.). Die Finanzprokuratur

[3]) Wach: Vorträge 164.

Digitized by Google

soll die Ermächtigung der Verwaltungsbehörde einholen (J. M. E. v. 25. April 1856 Z. 8911).

Die Delation hat regelmäßig zu erfolgen mit Anbietung des Eides für den Beweissatz im Rückschiebungsfalle. Den rückgeschobenen Eid hat der Deferent selbst, für juristische Personen, Vereine und Gesellschaften der eidespflichtige Vertreter, in Prozessen der Konkursmasse auch der Kridatar (Hfd. v. 19. April 1841 Nr. 518), in Prozessen Pflegebefohlener auch der eidesfähige Pflegebefohlene (Hfd. v. 31. Aug. 1798 Nr. 430), der Vertretungsleister des Deferenten, ein Streitgenosse mit Wirkung für alle Genossen abzulegen.

III. Deferirt wird der Eid dem Gegner, §. 203 (275), also der Prozeßpartei, dem eidespflichtigen Vertreter der juristischen Person, des Vereines, der Gesellschaft, in Prozessen der Konkursmasse dem Verwalter, in Prozessen Pflegebefohlener dem nothwendigen Vertreter derselben. Da aber jenem, welcher nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Prozeß führt, der Haupteid nur über seine eigenen Handlungen aufgetragen werden kann, §. 207 (280), und die Eidesdelation für solche Fälle, wo Jemand für einen Dritten Prozeß führt, nicht ohne Noth beschränkt sein soll, ist die Zuschiebung des Haupteides an Pflegebefohlene, sofern sie eidesfähig sind und von der festzustellenden Thatsache Wissenschaft haben (Hfd. v. 31. Augnst 1798 Nr. 430), und an den Kridatar (Hfd. v. 19. April 1841 Nr. 518) anerkannt. Ausgeschlossen ist, eidesunfähigen Personen den Eid aufzutragen, weil für sie die Annahme und Rückschiebung nicht zur Wahl steht, daher immer nur der Eid des Deferenten in Frage käme; ausgeschlossen ist die Delation an Abwesende, wenn sie voraussichtlich nicht in die Lage kommen, sich für die Annahme oder Rückschiebung zu entschließen.[4])

[4]) In dieser Weise korrigirte auch der O. G. H. mit Beschluß vom 30. März 1881, J. B. 109 die Praxis, welche Eidesdelation auch an In-

Digitized by Google

Jenem, welcher im eigenen Namen Prozeß führt, kann der
upteid über eigene und fremde Handlungen, demjenigen aber,
her nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Pro-
führt, nur über seine eigenen Handlungen aufgetragen werden,
207 (280). Diese Beschränkung der Delation gilt nicht für den
treter einer juristischen Person und parteifähigen Gesellschaft,
der Eid der juristischen Person, der Gesellschaft zugeschoben
, und der Vertreter derselben nur der physische Eidesleister
sie gilt für den Vertreter Pflegebefohlener, für den curator
entis, für den Konkursmasseverwalter, für den Vertretungs-
er des Delaten.[5])

IV. Eine Beschränkung der Eidesdelation resultirt
s der Eidesformel. Der Eid ist bald mit dem Zusatz „des
issens und Erinnerns", bald ohne allen Beisatz abzu-
n. Jener, welcher die von der Gegenseite beigebrachten Um-
de eidlich zu widersprechen hat, hat den Eid mit Zusatz, jener
r, welcher die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu be-
wören hat, hat den Eid ohne allen Beisatz abzulegen, §. 206
9). In der Regel hat nun allerdings der Delat die von dem
ferenten beigebrachten Umstände eidlich zu widersprechen, der
ferent aber die von ihm angegebenen Umstände zu betheuren; aus-
msweise wird aber der Delat doch die von ihm vorgegebenen
stände zu beschwören haben,[6]) und dann den Eid auch ohne
satz ablegen müssen. In diesem Sinne erscheint die Kontro-
se, ob Delat immer,[7]) oder nur der Regel nach mit Beisatz

ige (G. U. 704, 1397, 3368), und schlechthin an Abwesende (J. B. 33)
lassen hat.

[5]) Anders Canstein: Lehrb. II. 416 unter Berufung auf die Proto-
e der Kompilationskommission, die Beschränkung gelte nur für den
tretungsleister. Vgl. aber §. 37. Summ.-V.

[6]) Bei gesetzlicher Interimswahrheit, oder gesetzlicher Vermuthung,
1232, 1427 b. G. B., Hfd. v. 10. April 1839 Nr. 355 betreffend den
nstlohn.

[7]) Nippel: Kommentar; — Canstein: Lehrb. II. 415, 423.

Digitized by Google

soll die Ermächtigung der Verwaltungsbehörde einholen (J. M. E. v. 25. April 1856 Z. 8911).

Die Delation hat regelmäßig zu erfolgen mit Anbietung des Eides für den Beweissatz im Rückschiebungsfalle. Den rückgeschobenen Eid hat der Deferent selbst, für juristische Personen, Vereine und Gesellschaften der eidespflichtige Vertreter, in Prozessen der Konkursmasse auch der Kridatar (Hfd. v. 19. April 1841 Nr. 518), in Prozessen Pflegebefohlener auch der eidesfähige Pflegebefohlene (Hfd. v. 31. Aug. 1798 Nr. 430), der Vertretungsleister des Deferenten, ein Streitgenosse mit Wirkung für alle Genossen abzulegen.

III. Deferirt wird der Eid dem Gegner, §. 203 (275), also der Prozeßpartei, dem eidespflichtigen Vertreter der juristischen Person, des Vereines, der Gesellschaft, in Prozessen der Konkursmasse dem Verwalter, in Prozessen Pflegebefohlener dem nothwendigen Vertreter derselben. Da aber jenem, welcher nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Prozeß führt, der Haupteid nur über seine eigenen Handlungen aufgetragen werden kann, §. 207 (280), und die Eidesdelation für solche Fälle, wo Jemand für einen Dritten Prozeß führt, nicht ohne Noth beschränkt sein soll, ist die Zuschiebung des Haupteides an Pflegebefohlene, sofern sie eidesfähig sind und von der festzustellenden Thatsache Wissenschaft haben (Hfd. v. 31. August 1798 Nr. 430), und an den Kridatar (Hfd. v. 19. April 1841 Nr. 518) anerkannt. Ausgeschlossen ist, eidesunfähigen Personen den Eid aufzutragen, weil für sie die Annahme und Rückschiebung nicht zur Wahl steht, daher immer nur der Eid des Deferenten in Frage käme; ausgeschlossen ist die Delation an Abwesende, wenn sie voraussichtlich nicht in die Lage kommen, sich für die Annahme oder Rückschiebung zu entschließen.[4])

[4]) In dieser Weise korrigirte auch der O. G. H. mit Beschluß vom 30. März 1881, J. B. 109 die Praxis, welche Eidesdelation auch an Ir-

Digitized by Google

Jenem, welcher im eigenen Namen Prozeß führt, kann der Haupteid über eigene und fremde Handlungen, demjenigen aber, welcher nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Prozeß führt, nur über seine eigenen Handlungen aufgetragen werden, §. 207 (280). Diese Beschränkung der Delation gilt nicht für den Vertreter einer juristischen Person und parteifähigen Gesellschaft, weil der Eid der juristischen Person, der Gesellschaft zugeschoben wird, und der Vertreter derselben nur der physische Eidesleister ist; sie gilt für den Vertreter Pflegebefohlener, für den curator absentis, für den Konkursmasseverwalter, für den Vertretungsleister des Delaten.[5])

IV. Eine Beschränkung der Eidesdelation resultirt aus der Eidesformel. Der Eid ist bald mit dem Zusatz „des Wissens und Erinnerns", bald ohne allen Beisatz abzulegen. Jener, welcher die von der Gegenseite beigebrachten Umstände eidlich zu widersprechen hat, hat den Eid mit Zusatz, jener aber, welcher die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören hat, hat den Eid ohne allen Beisatz abzulegen, §. 206 (279). In der Regel hat nun allerdings der Delat die von dem Deferenten beigebrachten Umstände eidlich zu widersprechen, der Deferent aber die von ihm angegebenen Umstände zu betheuren; ausnahmsweise wird aber der Delat doch die von ihm vorgegebenen Umstände zu beschwören haben,[6]) und dann den Eid auch ohne Beisatz ablegen müssen. In diesem Sinne erscheint die Kontroverse, ob Delat immer,[7]) oder nur der Regel nach mit Beisatz

sinnige (G. U. 704, 1397, 3368), und schlechthin an Abwesende (J. B. 33) zugelassen hat.

[5]) Anders Canstein: Lehrb. II. 416 unter Berufung auf die Protokolle der Kompilationskommission, die Beschränkung gelte nur für den Vertretungsleister. Vgl. aber §. 37. Summ.-B.

[6]) Bei gesetzlicher Interimswahrheit, oder gesetzlicher Vermuthung, §. 1232, 1427 b. G. B., Hfd. v. 10. April 1839 Nr. 355 betreffend den Dienstlohn.

[7]) Nippel: Kommentar; — Canstein: Lehrb. II. 415, 423.

Digitized by Google

zu schwören habe, entschieden durch die a. h. E. v. 31. März 1846 Nr. 953, in welcher anerkannt ist, daß der Haupteid nicht bloß in negativer, sondern auch in positiver Form aufgetragen werden kann.[8])

Der Eid ohne Beisatz ist ein Wissenseid, richtiger ein Überzeugungseid, weil es gleichgiltig erscheint, ob der Schwörende die Thatsache selbst erfahren, oder wie er sich sonst die zum Eide erforderliche Überzeugung verschafft hat.[9])

Der Eid mit dem Beisatz des Wissens und Erinnerns wird verschieden erklärt. Man erklärt ihn als Wissenseid (soweit ich weiß und mich erinnere, ist die Thatsache nicht eingetreten);[10]) als Eid des Nichtwissens (der Schwörende wisse durchaus nicht, ob ein gegebenes Faktum eingetreten sei oder nicht);[11]) als Eid des Nichtglaubens (man habe in seinem Erinnerungsvermögen nichts gefunden, um den behaupteten Thatumständen des Deferenten Glauben schenken zu müssen).[12]) Für den Wissenseid erscheint ein Beisatz nur bei Zuschiebung in negativer Form von Bedeutung; die Erklärung mit Nichtwissen, Nichtglauben ist nicht der vom Gesetze geforderte Widerspruch. §. 11 a. G. O.

Der Eid mit Beisatz erscheint als Glaubenseid. Der Sinn des Glaubenseides überhaupt,[13]) und des durch den gesetzlichen Beisatz bestimmten Glaubenseides wird nicht gleichmäßig dargestellt. Man erklärt den Eid mit dem Beisatz des Wissens und

---

[8]) Rizy: Haupteid 54.

[9]) Rizy a. a. O. 129.

[10]) Kölle: Ger. Z. 1878 N. 14. Ent. des O. G. H. v. 13. Mai 1852 Ger. Z. 88.

[11]) Pratobevera: Mater. 5 N. 2; Haimerl: Mag. 11. 1. — Schrutka-H. in Grünhuts Z. 12, 59: der Eid mit Beisatz ist Ignoranzeid, daß er davon kein Wissen und Erinnern habe.

[12]) Nippel: I. 534, 536.

[13]) Wetzell, 261.

Digitized by Google

Erinnerns als Versicherung, der Schwörende habe subjektive Gründe, das Nichteintreten des von der Gegenseite behaupteten Faktums für wahr zu halten;[14]) man erklärt ihn als Überzeugungseid, als Zeugniß des Delaten über die Unwahrheit der Behauptung des Deferenten, wobei auf den Beisatz kein besonderer Nachdruck gelegt werden soll.[15]) Erwägt man, daß es sich bei dem Eid mit Beisatz keineswegs um ein Zeugniß handelt, da Delat nichts zu beweisen hat, und von dem Gegner auch nicht als Beweismittel gebraucht werden kann, daß nur ein feierlicher Widerspruch in Frage steht, daß der Eid des Deferenten an sich bedenklich ist und nur dadurch vertrauenswürdig wird, wenn der Delat lediglich deshalb den Eid verweigert, weil er überzeugt ist, daß der Deferent die Wahrheit behauptet, oder weil für die Wahrheit dieser Behauptung so erhebliche Gründe sprechen, daß das Gewissen dem Delaten nicht gestattet, die Behauptung eidlich zu negiren, so muß man annehmen, der Eid mit Beisatz sei dahin zu deuten, Delat finde nach gewissenhafter Prüfung im Bereiche seines Wissens und Erinnerns nichts, was ihn zwingt, die Behauptung des Gegners als wahrscheinlich anzuerkennen.[16])

Bei dieser Deutung des Eides des Wissens und Erinnerns erscheint die Delation des Eides über Thatsachen ausgeschlossen, von welchen feststeht oder erhellt, daß sie dem Delaten nicht bekannt sein können, und daß er sich durch Erkundigung eine sein Gewissen beruhigende Überzeugung nicht verschaffen kann, weil in solchen Fällen der Delat zur Rückschiebung genöthigt, der zugeschobene Eid an sich ein vom Deferenten angebotener Eid wäre.[17])

---

[14]) Rizy, a. a. O. 136.

[15]) Canstein: Lehrb. II. 418.

[16]) Glaser: Beiträge 115. Ent. des Kass. Hofes v. 22. Feber 1878 Z. 14637.

[17]) In diesen Grenzen bewegt sich die Ent. des O. G. H. v. 4. April 1872 Z. 194 Ger. Z. 1872 S. 312, und die Ent. im J. B. 109. Hiermit dürften weiter gehende Entscheidungen (G. U. 182, 6414, Jur. Bl. 1878

Digitized by Google

V. Der Eid ohne Zusatz ist Wahrheitsfeststellung; der Eid mit Zusatz gutgläubige Ableugnung der Behauptung des Gegners. Der Glaubenseid eines Streitgenossen kann daher nicht ohne Weiteres für die anderen Streitgenossen Wirkung haben. Es ist zu unterscheiden, ob der Ausgang des Streites für jeden Streitgenossen verschieden sein kann, oder nach dem Verhältnisse für alle Streitgenossen gleich sein muß. Im ersteren Falle ist die Frage nach der Auftragung, Annahme und Zurückschiebung für jeden Streitgenossen individuell zu entscheiden, und sein Benehmen nur für ihn maßgebend. Im letzteren Falle hat man nur die Wahl, entweder den Deferenten zum Eide zuzulassen, wenn auch nur einer der Streitgenossen den zugeschobenen Eid verweigert, oder durch den Eid eines der Delaten den Eid des Deferenten für ausgeschlossen zu halten. Da nun der Eid des Delaten nicht Wahrheitsfeststellung ist, und die Verweigerung des Eides Seitens eines Delaten die Annahme rechtfertigt, daß gerade diesem Delaten Umstände bekannt seien, welche den eidlichen Widerspruch des Beweissatzes ausschließen, so kann bei nothwendiger Einheit der Entscheidung der Deferent nur sachfällig erkannt werden, wenn alle Delaten den Eid ablegen. Nur in dem Fall, wo einer der Streitgenossen vor allen der entscheidenden Thatsache näher steht, wird dessen Eid allein für den Ausgang des Streites entscheidend sein.[18])

§. 96.

Die Delation. Die Gewissensvertretung.

I. Der Haupteid kann bei der Behauptung des festzustellenden Umstandes, er kann aber auch nach dem Widerspruch dieses Umstandes, §. 203 (275) (Res. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489), — er kann

S. 296) richtig gestellt sein. — Zu weit geht Larcher, Ger. Z. 1877 N. 79, er fordert, daß Delat sich durch eigene Beobachtung und Wahrnehmung überzeugen konnte, daß die Eidesthatsache nicht eingetreten sei.

[18]) Glaser a. a. O. 128. — G. U. 706. — Schrutka-H. a. a. O. S. 63.

Digitized by Google

auch kumulativ mit anderen Beweismitteln, oder subsidiarisch aufgetragen werden (a. h. E. v. 19. Juni 1847 Nr. 1068),[1]) doch muß die Anbietung der Beweismittel rechtzeitig oder mit Neuerungsbewilligung geschehen. Im Falle der Kumulirung des Haupteides mit anderen Beweismitteln entfällt der Haupteid, wenn die anderen Beweismittel für den Probanten vollen Beweis schaffen, oder für den Probaten Gegenbeweis herstellen (S. §§. 94 und 117); ist mit diesen Beweismitteln für den Probanten unvollständiger Beweis erbracht, so kann auf den neben dem Haupteid angebotenen Erfüllungseid[2]) desselben erkannt werden.

Der zugeschobene Eid kann *abgelehnt* werden, wenn er rechtswidrig aufgetragen ist wegen Eidesunfähigkeit des Delaten oder Deferenten, oder weil das Beweisthema durch Eid nicht feststellbar erscheint, oder weil der Eid in diesem Verfahren ausgeschlossen ist, oder weil er jenem, der für einen Dritten den Prozeß führt, über fremde Handlungen aufgetragen wurde. Ist Ablehnung unthunlich, so kann der zugeschobene Eid *angenommen*, oder *zurückgeschoben*, oder durch *Gewissensvertretung vermieden* werden. Die Entscheidung darüber steht der Prozeßpartei, dem Vertreter der juristischen Person oder parteifähigen Gesellschaft, dem Vertreter des Pflegebefohlenen, in Prozessen der Konkursmasse dem Verwalter zu. Ein Bevollmächtigter bedarf zur Annahme oder Rückschiebung des Eides einer besonderen Ermächtigung (§. 1008 b. G. B.), der Masseverwalter der Ermächtigung des Konkurskommissärs bez. Gläubigerausschusses (Hfd. v. 19. April 1841 Nr. 518, vergl. aber §. 147 Kon. O.), die Finanzprokuratur der Ermächtiguug der Verwaltungsbehörde (a. h. E. v. 25. April

[1]) Hiermit erscheint das Hfd. v. 30. Okt. 1788 Nr. 909: „Die Partei ist nicht befugt unter dem Bedingnisse, wenn sie mit ihren übrigen Beweisen nicht aufkommen sollte, den Haupteid aufzutragen" — aufgehoben.

[2]) Im Summ.-V. kann auf den Erfüllungseid ohne Anbietung erkannt werden.

Digitized by Google

die Feststellung eines Irrthums (die objektive Unrichtigkeit der beschworenen Thatsache) in Frage kommt.[20]) Diese Anordnung gilt, auch wenn der Eid vom Gegner erlassen wurde, weil der Erlaß eine Anerkennung der Gewissenhaftigkeit des Schwurpflichtigen ist; sie gilt nicht, wenn der Eid durch die Bestätigung der Eidesformel ersetzt ist, weil bis zur wirklichen Eidesleistung die Geltendmachung von Beweismitteln zur Vermeidung falschen Eides zugelassen ist, §. 231 (305); sie gilt nicht, wenn der Eid in Folge des mittlerweile eingetretenen Todes für abgelegt erklärt wurde, weil diese Erklärung der Eidesleistung nicht gleichsteht.

VI. Das Gesetz hat alle Vorkehrungen für die Zuverläßigkeit des Eides der Ablegung vorausgestellt, um die Überprüfung der Wahrheit entbehrlich zu machen. Es schließt die Abnahme des Eides aus, sobald sich aus der Person, oder aus den nach dem Parteiverhältnisse noch in Betrachtung fallenden Umständen Bedenken ergeben, es wahrt überdies dem Gegner des Schwurpflichtigen das Recht, dem Eid bis zur Ablegung durch Beweis hindernd entgegenzutreten.

Über diese probatio pro evitando perjurio, welche zu Folge ihrer eben bezeichneten Bestimmung, und weil sie von der G. O. in das Kapitel „Von den Eiden insgemein" aufgenommen ist, nicht auf den aufgetragenen Eid (Haupteid) beschränkt werden darf,[21]) bestimmt §. 231 a. G. O. und Hfd. v. 30. Okt. 1788 Nr. 911 Folgendes: Der Gegner desjenigen, der schwören soll, kann vor oder bei der Tagsatzung, welche zur Ablegung des Eides angesetzt wird, Beweismittel namhaft machen, welche in dem abgeführten Prozeß nicht vorgekommen sind, und indem er standhaft darthut, daß diese Beweismittel im Prozesse nicht geflissentlich (um die Rechtssache zu verzögern oder zu verdunkeln)

[20]) Rizy a. a. O. 160 hebt im Anschluß an Pratobevera, Mat. 5 N. 2, die Eigenthümlichkeit der Anordnung der §§. 234 und 235 hervor, läßt aber doch im letztgenannten Falle eine Ausnahme zu.

[21]) Anders G. U. 429.

Digitized by Google

verschwiegen wurden,[22]) bitten, der Richter wolle die Eidesabnahme sistiren und ihm gestatten, mittelst der genannten Beweismittel die Unwahrheit dessen darzuthun, was der Gegner schwören soll. Der Antrag hat auch statt, wenn verhindert werden will, daß der von einem Verstorbenen angebotene Eid für abgelegt erklärt werde.[23])

Über diesen Antrag ist die Eidesabnahme, wenn sie bereits angeordnet ist, zu sistiren, und bei einer Tagsatzung zu verhandeln: a) ob die beigebrachten Beweismittel zu dem abgeführten Prozesse gehören; nicht nothwendig ist, daß sich die Beweismittel direkt auf die in die Eidesformel aufgenommenen Umstände beziehen, es genügt, wenn auch nur indirekt daraus hervorgeht, daß bei rechtzeitiger Beibringung derselben der Eid nicht zugelassen worden wäre;[24]) b) ob sie in dem abgeführten Prozeß nicht geflissentlich verschwiegen wurden. Die Relevanz der Beweismittel für die Entscheidung der Streitsache bleibt vorläufig unerörtert. Veranlaßt der Antrag einen Parteistreit, so erkennt der Richter nach gepflogener Verhandlung mit Urtheil, ob die Beweisführung mit bestimmt bezeichneten Beweismitteln unbedingt oder gegen Ablegung des Neuerungseides zugelassen oder verweigert werde. Im Falle der Abweisung des Gesuches hat der Antragsteller über Verlangen die Kosten der Zwischenverhandlung zu ersetzen; im Falle der Bewilligung ist die Entscheidung über die Kosten für das Urtheil in die Streitsache vorzubehalten.[25]) Der zugelassene Beweis ist mit Klage dem Richter vorzulegen (judicium rescissorium), für welche eine Frist zu bestimmen, und über welche sohin, wie für die Hauptsache vorgeschrieben, zu verhandeln ist. Gelingt der Beweis, so ist auf das Widerspiel dessen zu er-

---

[22]) Die Beweismittel müssen also nicht neu aufgefunden sein, G. U. 5718.
[23]) G. U. 6659.
[24]) G. U. 3122, 4014.
[25]) Vergl. die Ent. v. 24. Mai 1877, Sp. R. 92.

Digitized by Google

kennen, was für den Fall des verhinderten Eides Rechtens gewesen wäre; mißlingt der Beweis, so ist der gehinderte Eid für abgelegt zu halten.[26])

Die Partei, welche nach dem Inhalt des Urtheils selbst zu schwören hat, kann ihren Eid durch mittlerweile ermittelte Beweismittel nicht vermeiden (Hfd. v. 30. Okt. 1788 Nr. 911); sie dienen ihr zur Gewissensberuhigung. Den in einen Rechtsstreit eintretenden Erben ist Wiedereinsetzung zur Geltendmachung neuer Beweismittel nicht versagt.

2. Der Haupteid.*)

§. 95.

Begriff. Voraussetzungen der Delation.

I. Der Haupteid ist der vom Probanten, regelmäßig unter Anbietung des Eides über die Wahrheit des Beweissatzes, dem Probaten zugeschobene Eid über das Widerspiel des Beweissatzes.

Die Eideszuschiebung ist kein Zwang zum Zeugniß,[1]) weil der Eid des Delaten mit Zusatz (§. 206 [279]) kein Zeugniß ist, und ihm Annahme, Zurückschiebung und Gewissensvertretung zur Wahl steht; sie ist kein prozessualisches Rechtsgeschäft,[2]) weil der

[26]) Im Geltungsgebiete der g. G. O. ist judicium rescindens und rescissorium verbunden (§. 305 und Hfd. v. 14. Sept. 1827 Nr. 2306), daher sind in dem Antrage um Zulassung zur Beweisführung zur Meineidsverhinderung die bezüglichen Beweismittel sofort anzubieten. — Wird über solchen Antrag ein Zeugenbeweis bedingt vor der Ablegung des Neuerungseides zugelassen, so ist gegen dieses Beiurtheil, trotz §. 17 Pr. N., sofortiges Rechtsmittel zulässig; Ent. v. 24. Mai 1877, Sp. R. 92.

*) Wetzell 251, 281. — Rizy: Haupteid 1837. — Glaser: Beiträge zur Reform 1883. IV. — Pratobevera: Mater. 5, N. 2. — Wagners Zeitschr. 1848 II. 320. — Der Jurist 10. 275, 18. 369. — Themis N. f. 1. 101.

[1]) Canstein, Zeitschr. f. d. Z. P. 2. 314. — Derf.: Lehrb. II. 312. 406.

[2]) Wendt im Archiv f. z. P. 63. 271.

Digitized by Google

Delat den Antrag nicht einfach ablehnen kann. Sie ist ein Akt des Vertrauens und Zwanges zugleich;[3]) ein Akt des Vertrauens, indem sie den Streitausgang in die Gewissenhaftigkeit des Gegners stellt, — ein Akt des Zwanges, indem sie ihn zum Geständniß, oder zur Annahme oder Rückschiebung des Eides, oder zur Gewissensvertretung drängt.

Der Eid ist nicht Urtheilssurrogat, sondern Grundlage des Urtheils, Feststellung bestrittener Thatsachen. Trotz den Vorkehrungen zur Wahrung der Heiligkeit des Eides und zur Hinderung von Meineid, bezielt der Haupteid nicht die Begründung der richterlichen Überzeugung; die Glaubwürdigkeit des Schwörenden ist nicht Bedingung der Zulassung des Eides, nicht Voraussetzung der Wahrannahme. Der Eid ist zuzulassen, weil ihn der Probant deferirt; die beeidete Thatsache ist als wahr anzunehmen, weil sich die Partei einer nachtheiligen Entscheidung auf diesen Fall unterwirft. Die Eidesdelation ist ein Dispositivakt, daher ausgeschlossen über Umstände, deren Wahrheit zu ermitteln ist; sie ist Beweissurrogat, daher wie der Beweis auf Thatumstände beschränkt (s. §. 94).

II. Befugt zur Auftragung des Haupteides ist die Partei und derjenige, welcher für sie die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, §. 203 (275). Der Vertreter der Prozeßpartei wird also besondere Ermächtigung einholen müssen (der Vormund und Kurator den Konsens der Pflegschaftsbehörde §§. 233, 282 b. G. B., Hfd. v. 31. August 1798 Nr. 430, der Konkursmasseverwalter den Konsens des Konkurskommissärs, bez. Gläubigerausschusses, §. 147 Kon. O.), wenn ihm nicht an sich Vergleichsbefugniß zusteht; der Prokurator bedarf besonderer Ermächtigung zum Vergleiche, oder zur Ordnung der Rechtssache durch Eidesdelation (§. 1008 b. G. B.). Die Finanzprokuratur

[3]) Wach: Vorträge 164.

Digitized by Google

soll die Ermächtigung der Verwaltungsbehörde einholen (J. M. E. v. 25. April 1856 Z. 8911).

Die Delation hat regelmäßig zu erfolgen mit Anbietung des Eides für den Beweissatz im Rückschiebungsfalle. Den rückgeschobenen Eid hat der Deferent selbst, für juristische Personen, Vereine und Gesellschaften der eidespflichtige Vertreter, in Prozessen der Konkursmasse auch der Kridatar (Hfd. v. 19. April 1841 Nr. 518), in Prozessen Pflegebefohlener auch der eidesfähige Pflegebefohlene (Hfd. v. 31. Aug. 1798 Nr. 430), der Vertretungsleister des Deferenten, ein Streitgenosse mit Wirkung für alle Genossen abzulegen.

III. Deferirt wird der Eid dem Gegner, §. 203 (275), also der Prozeßpartei, dem eidespflichtigen Vertreter der juristischen Person, des Vereines, der Gesellschaft, in Prozessen der Konkursmasse dem Verwalter, in Prozessen Pflegebefohlener dem nothwendigen Vertreter derselben. Da aber jenem, welcher nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Prozeß führt, der Haupteid nur über seine eigenen Handlungen aufgetragen werden kann, §. 207 (280), und die Eidesdelation für solche Fälle, wo Jemand für einen Dritten Prozeß führt, nicht ohne Noth beschränkt sein soll, ist die Zuschiebung des Haupteides an Pflegebefohlene, sofern sie eidesfähig sind und von der festzustellenden Thatsache Wissenschaft haben (Hfd. v. 31. August 1798 Nr. 430), und an den Kridatar (Hfd. v. 19. April 1841 Nr. 518) anerkannt. Ausgeschlossen ist, eidesunfähigen Personen den Eid aufzutragen, weil für sie die Annahme und Rückschiebung nicht zur Wahl steht, daher immer nur der Eid des Deferenten in Frage käme; ausgeschlossen ist die Delation an Abwesende, wenn sie voraussichtlich nicht in die Lage kommen, sich für die Annahme oder Rückschiebung zu entschließen.[4])

[4]) In dieser Weise korrigirte auch der O. G. H. mit Beschluß vom 30. März 1881, J. B. 109 die Praxis, welche Eidesdelation auch an In-

Digitized by Google

Jenem, welcher im eigenen Namen Prozeß führt, kann der Haupteid über eigene und fremde Handlungen, demjenigen aber, welcher nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Prozeß führt, nur über seine eigenen Handlungen aufgetragen werden, §. 207 (280). Diese Beschränkung der Delation gilt nicht für den Vertreter einer juristischen Person und parteifähigen Gesellschaft, weil der Eid der juristischen Person, der Gesellschaft zugeschoben wird, und der Vertreter derselben nur der physische Eidesleister ist; sie gilt für den Vertreter Pflegebefohlener, für den **curator absentis**, für den Konkursmasseverwalter, für den Vertretungsleister des Delaten.[5])

IV. Eine Beschränkung der Eidesdelation resultirt aus der Eidesformel. Der Eid ist bald mit dem Zusatz „des Wissens und Erinnerns", bald ohne allen Beisatz abzulegen. Jener, welcher die von der Gegenseite beigebrachten Umstände eidlich zu widersprechen hat, hat den Eid mit Zusatz, jener aber, welcher die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören hat, hat den Eid ohne allen Beisatz abzulegen, §. 206 (279). In der Regel hat nun allerdings der Delat die von dem Deferenten beigebrachten Umstände eidlich zu widersprechen, der Deferent aber die von ihm angegebenen Umstände zu betheuren; ausnahmsweise wird aber der Delat doch die von ihm vorgegebenen Umstände zu beschwören haben,[6]) und dann den Eid auch ohne Beisatz ablegen müssen. In diesem Sinne erscheint die Kontroverse, ob Delat immer,[7]) oder nur der Regel nach mit Beisatz

sinnige (G. U. 704, 1397, 3368), und schlechthin an Abwesende (J. B. 33) zugelassen hat.

[5]) Anders Canstein: Lehrb. II. 416 unter Berufung auf die Protokolle der Kompilationskommission, die Beschränkung gelte nur für den Vertretungsleister. Vgl. aber §. 37. Summ.-B.

[6]) Bei gesetzlicher Interimswahrheit, oder gesetzlicher Vermuthung, §. 1232, 1427 b. G. B., Hfd. v. 10. April 1839 Nr. 355 betreffend den Dienstlohn.

[7]) Nippel: Kommentar; — Canstein: Lehrb. II. 415, 423.

Digitized by Google

zu schwören habe, entschieden durch die a. h. E. v. 31. März 1846 Nr. 953, in welcher anerkannt ist, daß der Haupteid nicht bloß in negativer, sondern auch in positiver Form aufgetragen werden kann.[8])

Der Eid ohne Beisatz ist ein Wissenseid, richtiger ein Überzeugungseid, weil es gleichgiltig erscheint, ob der Schwörende die Thatsache selbst erfahren, oder wie er sich sonst die zum Eide erforderliche Überzeugung verschafft hat.[9])

Der Eid mit dem Beisatz des Wissens und Erinnerns wird verschieden erklärt. Man erklärt ihn als Wissenseid (soweit ich weiß und mich erinnere, ist die Thatsache nicht eingetreten);[10]) als Eid des Nichtwissens (der Schwörende wisse durchaus nicht, ob ein gegebenes Faktum eingetreten sei oder nicht);[11]) als Eid des Nichtglaubens (man habe in seinem Erinnerungsvermögen nichts gefunden, um den behaupteten Thatumständen des Deferenten Glauben schenken zu müssen).[12]) Für den Wissenseid erscheint ein Beisatz nur bei Zuschiebung in negativer Form von Bedeutung; die Erklärung mit Nichtwissen, Nichtglauben ist nicht der vom Gesetze geforderte Widerspruch, §. 11 a. G. O.

Der Eid mit Beisatz erscheint als Glaubenseid. Der Sinn des Glaubenseides überhaupt,[13]) und des durch den gesetzlichen Beisatz bestimmten Glaubenseides wird nicht gleichmäßig dargestellt. Man erklärt den Eid mit dem Beisatz des Wissens und

---

[8]) Rizy: Haupteid 54.

[9]) Rizy a. a. O. 129.

[10]) Kölle: Ger. Z. 1878 N. 14. Ent. des O. G. H. v. 13. Mai 1852 Ger. Z. 88.

[11]) Pratobevera: Mater. 5 N. 2; Haimerl: Mag. 11. 1. — Schrutka-H. in Grünhuts Z. 12, 59: der Eid mit Beisatz ist Ignoranzeid, daß er davon kein Wissen und Erinnern habe.

[12]) Nippel: I. 534, 536.

[13]) Wetzell, 261.

Digitized by Google

Erinnerns als Versicherung, der Schwörende habe subjektive Gründe, das Nichteintreten des von der Gegenseite behaupteten Faktums für wahr zu halten;[14]) man erklärt ihn als Überzeugungseid, als Zeugniß des Delaten über die Unwahrheit der Behauptung des Deferenten, wobei auf den Beisatz kein besonderer Nachdruck gelegt werden soll.[15]) Erwägt man, daß es sich bei dem Eid mit Beisatz keineswegs um ein Zeugniß handelt, da Delat nichts zu beweisen hat, und von dem Gegner auch nicht als Beweismittel gebraucht werden kann, daß nur ein feierlicher Widerspruch in Frage steht, daß der Eid des Deferenten an sich bedenklich ist und nur dadurch vertrauenswürdig wird, wenn der Delat lediglich deshalb den Eid verweigert, weil er überzeugt ist, daß der Deferent die Wahrheit behauptet, oder weil für die Wahrheit dieser Behauptung so erhebliche Gründe sprechen, daß das Gewissen dem Delaten nicht gestattet, die Behauptung eidlich zu negiren, so muß man annehmen, der Eid mit Beisatz sei dahin zu deuten, Delat finde nach gewissenhafter Prüfung im Bereiche seines Wissens und Erinnerns nichts, was ihn zwingt, die Behauptung des Gegners als wahrscheinlich anzuerkennen.[16])

Bei dieser Deutung des Eides des Wissens und Erinnerns erscheint die Delation des Eides über Thatsachen ausgeschlossen, von welchen feststeht oder erhellt, daß sie dem Delaten nicht bekannt sein können, und daß er sich durch Erkundigung eine sein Gewissen beruhigende Überzeugung nicht verschaffen kann, weil in solchen Fällen der Delat zur Rückschiebung genöthigt, der zugeschobene Eid an sich ein vom Deferenten angebotener Eid wäre.[17])

---

[14]) Rizy, a. a. O. 136.

[15]) Canstein: Lehrb. II. 418.

[16]) Glaser: Beiträge 115. Ent. des Kass. Hofes v. 22. Feber 1878 Z. 14637.

[17]) In diesen Grenzen bewegt sich die Ent. des O. G. H. v. 4. April 1872 Z. 194 Ger. Z. 1872 S. 312, und die Ent. im J. B. 109. Hiermit dürften weiter gehende Entscheidungen (G. U. 182, 6414, Jur. Bl. 1878

Digitized by Google

V. Der Eid ohne Zusatz ist Wahrheitsfeststellung; der Eid mit Zusatz gutgläubige Ableugnung der Behauptung des Gegners. Der Glaubenseid eines Streitgenossen kann daher nicht ohne Weiteres für die anderen Streitgenossen Wirkung haben. Es ist zu unterscheiden, ob der Ausgang des Streites für jeden Streitgenossen verschieden sein kann, oder nach dem Verhältnisse für alle Streitgenossen gleich sein muß. Im ersteren Falle ist die Frage nach der Auftragung, Annahme und Zurückschiebung für jeden Streitgenossen individuell zu entscheiden, und sein Benehmen nur für ihn maßgebend. Im letzteren Falle hat man nur die Wahl, entweder den Deferenten zum Eide zuzulassen, wenn auch nur einer der Streitgenossen den zugeschobenen Eid verweigert, oder durch den Eid eines der Delaten den Eid des Deferenten für ausgeschlossen zu halten. Da nun der Eid des Delaten nicht Wahrheitsfeststellung ist, und die Verweigerung des Eides Seitens eines Delaten die Annahme rechtfertigt, daß gerade diesem Delaten Umstände bekannt seien, welche den eidlichen Widerspruch des Beweissatzes ausschließen, so kann bei nothwendiger Einheit der Entscheidung der Deferent nur sachfällig erkannt werden, wenn alle Delaten den Eid ablegen. Nur in dem Fall, wo einer der Streitgenossen vor allen der entscheidenden Thatsache näher steht, wird dessen Eid allein für den Ausgang des Streites entscheidend sein.[18])

§. 96.

Die Delation. Die Gewissensvertretung.

I. Der Haupteid kann bei der Behauptung des festzustellenden Umstandes, er kann aber auch nach dem Widerspruch dieses Umstandes, §. 203 (275) (Res. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489), — er kann

S. 296) richtig gestellt sein. — Zu weit geht Larcher, Ger. Z. 1877 N. 79, er fordert, daß Delat sich durch eigene Beobachtung und Wahrnehmung überzeugen konnte, daß die Eidesthatsache nicht eingetreten sei.

[18]) Glaser a. a. O. 128. — G. U. 706. — Schrutka-H. a. a. O. S. 63.

Digitized by Google

auch kumulativ mit anderen Beweismitteln, oder subsidiarisch aufgetragen werden (a. h. E. v. 19. Juni 1847 Nr. 1068),[1]) doch muß die Anbietung der Beweismittel rechtzeitig oder mit Neuerungsbewilligung geschehen. Im Falle der Kumulirung des Haupteides mit anderen Beweismitteln entfällt der Haupteid, wenn die anderen Beweismittel für den Probanten vollen Beweis schaffen, oder für den Probaten Gegenbeweis herstellen (S. §§. 94 und 117); ist mit diesen Beweismitteln für den Probanten unvollständiger Beweis erbracht, so kann auf den neben dem Haupteid angebotenen Erfüllungseid[2]) desselben erkannt werden.

Der zugeschobene Eid kann abgelehnt werden, wenn er rechtswidrig aufgetragen ist wegen Eidesunfähigkeit des Delaten oder Deferenten, oder weil das Beweisthema durch Eid nicht feststellbar erscheint, oder weil der Eid in diesem Verfahren ausgeschlossen ist, oder weil er jenem, der für einen Dritten den Prozeß führt, über fremde Handlungen aufgetragen wurde. Ist Ablehnung unthunlich, so kann der zugeschobene Eid angenommen, oder zurückgeschoben, oder durch Gewissensvertretung vermieden werden. Die Entscheidung darüber steht der Prozeßpartei, dem Vertreter der juristischen Person oder parteifähigen Gesellschaft, dem Vertreter des Pflegebefohlenen, in Prozessen der Konkursmasse dem Verwalter zu. Ein Bevollmächtigter bedarf zur Annahme oder Rückschiebung des Eides einer besonderen Ermächtigung (§. 1008 b. G. B.), der Masseverwalter der Ermächtigung des Konkurskommissärs bez. Gläubigerausschusses (Hfd. v. 19. April 1841 Nr. 518, vergl. aber §. 147 Kon. O.), die Finanzprokuratur der Ermächtiguug der Verwaltungsbehörde (a. h. E. v. 25. April

[1]) Hiermit erscheint das Hfd. v. 30. Okt. 1788 Nr. 909: „Die Partei ist nicht befugt unter dem Bedingnisse, wenn sie mit ihren übrigen Beweisen nicht aufkommen sollte, den Haupteid aufzutragen" — aufgehoben.

[2]) Im Summ.-V. kann auf den Erfüllungseid ohne Anbietung erkannt werden.

Digitized by Google

1856 Z. 8911), weil diese Entscheidung als eine bedingte Verfügung über die Streitsache erscheint.

Die Rückschiebung des zugeschobenen Eides entfällt, wenn der Eid irreferibel aufgetragen wird, und der Gegner sich freiwillig für die Annahme entscheidet, oder der Richter wegen der Lage der Verhältnisse die irreferible Auftragung für gerechtfertigt erkennt (Hfd. v. 26. April 1842 Nr. 610, §. 278 g. G. O.) Der Richter wird den irreferiblen Haupteid zulassen, wenn der Deferent den zurückgeschobenen Eid nicht ablegen kann und ihm auch bezüglich der Beschaffung anderer Beweismittel keine Nachlässigkeit zur Last fällt, und wenn der Delat durch den Eid nicht belästigt wird, weil er die entscheidenden Umstände kennt oder erfahren kann.

Über die Annahme oder Zurückschiebung des Eides muß sich der Delat nicht schon im Zuge des Instruktionsverfahrens, [3]) sondern erst nach Erlassung des bedingten Endurtheiles erklären. Die Erklärung des Delaten in der Instruktionsverhandlung, daß er den Eid annehme, ist nicht bindend, also im Urtheile die Zurückschiebung vorzubehalten (Hfd. v. 12. März 1789 Nr. 986), wenn nicht der Eid irreferibel zugeschoben ist. Die Rückschiebung im Zuge des Verfahrens ist im §. 277 der g. G. O. bindend erklärt, und auch im Geltungsgebiete der a. G. O. als bindend zu erachten. [4])

Der Deferent kann der Eideszuschiebung im weiteren Zuge des Verfahrens (mit Neuerungsbewilligung) andere Beweismittel beifügen; diese Beweisanbietung erscheint nicht als Beweisführung zur Hinderung falschen Eides des Delaten, [5]) sondern als Beweishäufung. Hat aber der Delat den Eid bereits zurückgeschoben,

[3]) Anders im Summ.-V. §. 3 6.

[4]) So Rizy: Haupteid 117. — Canstein: Lehrb. II. 422. — Der O. G. H. hat sich in der Ent. v. 4. Juni 1862, Sp. R. 53 zu der entgegengesetzten Anschauung bekannt.

[5]) Rizy a. a. O. 107. Vgl. §. 231 (305) G. O.

Digitized by Google

so sind die nun vom Deferenten beigebrachten anderen Beweismittel nicht zu beachten, weil er nicht berechtigt ist, seinen Eid durch Beweis zu hindern (Hfd. v. 30. Okt. 1788 Nr. 911). Der nach der Rückschiebung vom Delaten angebotene Beweis erscheint als probatio pro evitando perjurio u. z. auch im Falle der Vorlegung einer Urkunde, weil sich eine Unterscheidung nach dem Beweismittel nicht rechtfertigt.[6])

II. Der Delat kann den rückschiebbar oder unrückschiebbar aufgetragenen Haupteid durch den Beweis zur Vertretung des Gewissens vermeiden,[7]) nämlich andere Beweismittel für den Widerspruch der Behauptung des Gegners anbieten. — Die Gewissensvertretung ist nach der G. O. anzubieten in der, der Eidesdelation nachfolgenden Rede; spätere Anbietung erfordert Neuerungsbewilligung; es ist aus §. 204 a. G. O. (Delat sei hierzu durch Urtheil zuzulassen) nicht zu folgern, daß Gewissensvertretung nur durch Zeugen zulässig sei, weil kein Grund besteht, Gewissensvertretung durch Urkunden auszuschließen (vgl. §. 276 g. G. O.). Ist durch Urkunden oder Zeugen für den Delaten ein halber Beweis erbracht, so erscheint dessen Erfüllungseid zur Beweisergänzung zulässig. Der Haupteid entfällt, wenn die Beweisführung zur Gewissensvertretung vollen Beweis für den Delaten, oder vollen Beweis für den Deferenten ergibt; fällt der Beweis „nicht rechtsbeständig" aus, so kann der Delat den aufgetragenen Eid nicht mehr annehmen, er kann ihn aber auch nicht mehr zurückschieben, sondern es ist der Beweissatz des Deferenten ohne Weiteres für wahr zu halten (§. 276, g. G. O. u. §§. 204, 205 a. G. O.).[8]) Ist der zur Gewissensvertretung angebotene Zeugenbeweis entfallen, weil die Zeugen gestorben sind, oder weil

[6]) Anders Rizy a. a. O. 118.

[7]) Wetzell, 288 — Pratobevera: Mat. V. 204. — Wagners Zeitschr. 1838 I. 69, und 1838 II. 270. — Haimerl: Magazin 11. 1.

[8]) Rizy, 100. — Canstein: Lehrb. II. 424. — Schrutka-H. in Grünhuts Z. 12. 56.

Digitized by Google

der Delat den Zeugenbeweis nicht angetreten hat, so stehen dem Delaten die Rechte aus der Eidesdelation noch zur Wahl.[9])

Die Gewissensvertretung ist nicht Gegenbeweis, sondern freiwillig vom Delaten übernommener Beweis; daher ist Gegenbeweis gegen den Beweis zur Gewissensvertretung an sich zulässig aber allerdings im Prozeß mit Beweisantizipation vom Deferenten regelmäßig schon versäumt.

§. 97.

Das Urtheil auf den Haupteid. Die Ablegung und die Auslassung des Eides.

I. Der Richter erkennt auf den Haupteid, wenn er rechtmäßig deferirt ist über Umstände, welche durch den Haupteid feststellbar sind, und deren Wahrheit oder Unwahrheit nicht schon bewiesen erscheint, in einem Urtheile, in welchem die Streitsache bedingt von der Ablegung oder Verweigerung des Eides entschieden wird (bedingtes Endurtheil). Zu bestimmen ist im Urtheile der Inhalt des Eides, und die Person, welche ihn zu leisten hat.

Der Inhalt des Eides ist durch die Delation begrenzt; der Richter darf in den Eid nicht Umstände einbeziehen, auf welche sich die Delation nicht erstreckt; wohl aber hat er Umstände auszuscheiden, welche offenbar zur Sache nicht gehören, §. 208 (281) oder nicht bestritten wurden, u. z. auch dann, wenn der Delat den Eid so, wie er zugeschoben ist, angenommen hat (Hfd. v. 12. März 1789 Nr. 986). Schreibfehler, welche in der von der Partei entworfenen Eidesformel unterlaufen sind, hat der Richter nach dem wahren Sinne der Sache zu verbessern, (Hfd. v. 29. Sept. 1794 Nr. 195); — der Richter hat zu be-

---

[9]) Rizy, 101 anerkennt ein solches Recht des Delaten auch dann, wenn Gewissensvertretung lediglich durch Urkunden angeboten wird.

Digitized by Google

stimmen, ob der Eid ohne oder mit dem Beisatz des Wissens und Erinnerns abzulegen ist, §. 206 (279).

Berechtigt zum Eide ist zunächst der Delat. Dem Delaten ist die Rückschiebung des Eides vorzubehalten, wenn nicht der irreferibel zugeschobene Eid als solcher angenommen ist, oder auferlegt wird. Auf den Eid des Deferenten ist zu erkennen, wenn der Delat den Eid bereits zurückgeschoben hat; der Eid ist dem Deferenten vorzubehalten auf den Fall, als der Delat den referiblen Eid zurückschieben würde. Das Urtheil umfaßt die Entscheidung für alle Eventualitäten; die Entscheidung lautet: a) zu Gunsten des Delaten auf den Fall, als dieser den Eid antritt und ablegt, oder der Deferent den zurückgeschobenen Eid nicht antritt oder nicht ablegt; b) zu Gunsten des Deferenten auf den Fall, als der Delat den irreferiblen Eid nicht antritt oder nicht ablegt, oder den rückschiebbaren Haupteid wohl antritt aber nicht ablegt, oder Deferent den zurückgeschobenen Eid antritt und ablegt. Den Parteien sind die gesetzlichen Fristen zur Antretung des deferirten bez. referirten Eides im Urtheil in Erinnerung zu bringen.

Gegen das bedingte Endurtheil steht beiden Theilen sofortige Appellation bez. Revision zu; es kann hiermit eine Änderung der vom Eide bedingten Entscheidung, es kann aber auch selbst vom Deferenten die Auslassung des Eides, eine Beschränkung und Erweiterung des Eides innerhalb der Grenzen der Delation angestrebt werden.

II. Der Delat hat den Eid anzutreten binnen drei Tagen, nachdem das Urtheil in die Rechtskräfte erwachsen ist (also binnen drei Tagen nach Verlauf der vierzehntägigen, bei Merkantilgerichten der achttägigen [im Geltungsgebiete der g. G. O., §. 583 dreitägigen] Frist zur Appellation, bez. ordentlichen Revision), und wenn der Spruch in letzter Instanz ergangen ist (Urtheil des O. G. H., — Bestätigungsurtheil des O. L. G.), binnen 14 Tagen nach der Zustellung, §§. 209, 224 (282, 298). Wird das Urtheil, gegen welches ordentliches Rechtsmittel zusteht, den Streittheilen an verschiedenen Tagen zugestellt, so läuft die dreitägige Frist

Digitized by Google

zur Antretung erst von jenem Tage, mit welchem die Rechtsmittelfrist für beide Theile abgelaufen ist.[1] Die außerordentliche Revision verzögert nicht die Antretung, wohl aber die Abnahme des Eides.[2]

Der Delat ist nicht berechtigt, dem im Urtheile zugelassenen Haupteid nur über einige der in der einheitlich festgestellten Eidesformel enthaltenen Umstände anzutreten und hinsichtlich der übrigen Umstände zurückzuschieben.[3]

Der Deferent hat den zurückgeschobenen Eid anzutreten binnen drei Tagen nach Ablauf der Frist zur Antretung des zugeschobenen Eides, gleichviel ob der Eid von dem Delaten in der Antretungsfrist ausdrücklich zurückgeschoben wird, oder ob er als zurückgeschoben gilt, weil der Delat den referiblen Eid nicht rechtzeitig angetreten hat, §. 211 (284). Ist zu Folge der Erklärung des Delaten im Zuge der Instruktionsverhandlung nur auf den Eid des Deferenten erkannt, so hat dieser den Eid in der oben für den Delaten genannten Frist anzutreten, §. 224 (298).

Die Frist zur Eidesantretung ist eine nicht verlängerbare Fallfrist; die Versäumung der Antretung Seitens des Delaten bewirkt, wenn ihm der Eid referibel auferlegt ist, Annahme der Rückschiebung; in allen anderen Fällen bewirkt die Versäumung der Antretung, wenn sich der Gegner widersetzt (a. h. Ent. vom 22. Mai 1847 Nr. 1065), die Rechtsfolgen der Eidesauslassung, d. h. das Fürwahrhalten des Widerspieles dessen, was zu beschwören war, §§. 211, 224 (284, 298).

Die Antretung des Delaten und Relaten ist bindend; bei Weigerung oder Auslassung des angetretenen Eides wird das Widerspiel dessen, was zu beschwören war, für wahr gehalten, §§. 210, 211 (283, 284).

---

[1] Besch. v. 12. Juli 1851, Jud. B. 6. a.
[2] Ent. v. 4. Juni 1873, Sp. R. 51 — G. U. 7206.
[3] Ent. v. 16. September 1884, Ger. Z. 1884: 100.

Digitized by Google

III. Die Antretung erfolgt mit Gesuch, welchem die nach dem Gesetz über Eidesleistung und dem Wortlaut des bedingten Endurtheiles zu verfassende Eidesformel (zweifach) beizuschließen ist. Verspätet überreichte Antretungsgesuche sind, sobald sich der Gegentheil denselben widersetzt (a. h. E. v. 22. Mai 1847 Nr. 1065), zurückzuweisen. Über das rechtzeitig angebrachte Gesuch ist Tagsatzung zur Ablegung des Eides anzuordnen, und hierzu der Schwurpflichtige ad jus jurandum, dessen Gegner ad videndum jurare zu laden. Ist das Ansuchen des Schwurpflichtigen um Abnahme des Eides durch einen ersuchten Richter begründet, §. 225 (299), so sind die Parteien vom Prozeßrichter zu verständigen, daß das Antretungsgesuch angenommen, und ein bezeichnetes (Bezirks-) Gericht um Abnahme des Eides ersucht wird; dem ersuchten Richter ist vorbehalten, die Eidestagsatzung anzuordnen und die Parteien zu laden. Ersucht der Schwurpflichtige um Bewilligung einer Änderung des im Urtheile bestimmten Eides, so kann eine Berichtigung in Punkten, welche nicht die Wesenheit der entscheidenden Umstände betreffen,[4]) oder welche auf einem Rechnungsverstoße oder offenbaren Versehen beruhen, oder aktenwidrige, nicht zur Sache gehörige Umstände enthalten,[5]) trotz der Rechtskraft des Urtheiles bewilligt werden. Über die Statthaftigkeit der Berichtigung hat das Prozeßgericht beide Theile bei einer Tagsatzung zu hören, und wenn der Gegner sich der Änderung widersetzt, mit Bescheid zu erkennen, welcher rechtskräftig werden muß, bevor zur Eidesabnahme geschritten werden darf (Hfd. v. 26. September 1842 Nr. 642).

Die Eidleistung erfolgt auch bei Ausbleiben des geladenen Gegners,[6]) nach der Meineidserinnerung und Erklärung der Eidesformel, wenn der Schwurpflichtige nach der vorliegenden Eides-

[4]) Ent. v. 4. November 1884, Spruchp. 2, 287.

[5]) Besch. v. 28. April 1863, Jud. B. 54.

[6]) Erscheint kein Theil bei der Eidestagsatzung, so ist der in dieser Tagsatzung abzulegende Eid präkludirt; G. U. 5831. — Für die An-

Digitized by Google

formel zu schwören sich bereit erklärt (Hfd. v. 22. Jänner 1820 Nr. 1645), unter Beobachtung der vorgeschriebenen Feierlichkeiten. Nach der Ablegung des Eides ist die Eidesformel zu unterschreiben, und bei Gericht aufzubewahren.

In Erledigung der Eidestagsatzung sind beide Theile (in dorso der Ladung) von der Leistung oder Verweigerung des Eides zu verständigen. Wird der Eid nicht rechtzeitig angetreten, so ist über Ansuchen ein Amtszeugniß auszufertigen, daß der Eid als verweigert gelte. Durch diesen Bescheid bez. dieses Amtszeugniß wird das bedingte Endurtheil purifizirt und vollstreckbar (Hfd. v. 19. Oktober 1792 Nr. 63 und v. 15. Dezember 1794 Nr. 207).

Die mit der Antretung und Ablegung des Eides verbundenen Kosten hat nach der Eidesleistung oder Eidesweigerung jener Streittheil zu ersetzen, welcher für diesen Fall im Endurtheil zum Ersatz der Prozeßkosten verurtheilt ist; der Kostenbetrag ist über Liquidation von dem Prozeßgericht mit Bescheid festzusetzen.[7] — Über den Ersatz des Eides und die probatio pro evitando perjurio vergl. §. 94.

§. 98.

2. Der Erfüllungs- und Reinigungseid.*)

Von den zwei Eiden, welche nach dem gemeinen Rechte dem Richter bei Unzulänglichkeit der Beweise zur (allerdings eingeschränkten) Wahl standen, hat die G. O. den Reinigungseid des Probaten beseitigt, §. 213 (287 g. G. O., und Hfd. v. 1. Feber 1782 Nr. 33), weil dem Probaten keine Beweislast zufällt. Der Erfüllungseid (juramentum suppletorium) ist zugelassen,

---

schauung, daß die Präklusion von einem Antrag bedingt sei, Canstein: Lehrb. 2. 439, 446 und die Ent. v. 27. April 1880, C. 1, 44.

[7]) Besch. v. 13. Feber 1861, Jud. B. 37.

*) Wetzell 276. — Pratobevera: Mater. 5. 229. — Haimerl: Mag. 11. 15.

Digitized by Google

a) wenn der Probant für einen streitigen und relevanten Umstand[1]) zwar keine vollständige, aber doch eine halbe, oder mehr als eine halbe Probe beigebracht hat. Auf Grund einer einfachen Vermuthung[2]) (suscipio, conjectura, praesumtio) ist der Erfüllungseid nicht zulässig (a. h. E. v. 1. Oktober 1844 Nr. 836). Die Frage, ob eine ergänzbare halbe Probe vorliege, hat der Richter nach dem Gesetze, nicht nach freiem Ermessen zu entscheiden;[3])

b) wenn sich der Probant zum Erfüllungseide erboten hat.[4]) Das Anbieten hat da zu erfolgen, wo der Partei ihre Beweise anzubringen befohlen ist (Hfd. v. 11. Mai 1784 Nr. 287), und erfordert eine besondere Ermächtigung nicht (§. 1008 b. G. B.). Der Erfüllungseid eines Streitgenossen wirkt für alle;

c) wenn der Richter den Erfüllungseid als überzeugend erkennt, denn §. 212 a. G. O. überläßt es dem Richter, den Eid zuzulassen, und §. 286 g. G. O. weist ihn ausdrücklich an, zu erwägen, ob auch die übrigen Umstände mit dem Vorgeben übereinstimmen und es glaubhaft machen.

Als Beweismittel beschränkt sich der Erfüllungseid auf Thatsachen (a. h. E. v. 1. Oktober 1844); er ist ausgeschlossen über den Bestand von Ehehindernissen und Ehetrennungsgründen (§§. 99 und 115 b. G. B., §. 13 Ehe-P.). Der Erfüllungseid wird im Endurtheile zugelassen, welches die Entscheidung auf den Fall der Leistung oder Auslassung des Eides enthält; er ist vom Probanten

---

[1]) Das Bestehen eines Rechtes ist nicht Gegenstand des Beweises, also auch nicht des Erfüllungseides, a. h. Ent. v. 1. Okt. 1844 Nr. 836.

[2]) D. h. ohne Beweis; vergl. aber Canstein: Lehrb. II. 426 („auf Grund einer halben Probe durch Indizien").

[3]) Anders die Ent. v. 20. Juni 1877, Sp. Nr. 94, es könne als Grundlage auch eine solche Urkunde angenommen werden, die wohl nicht gerichtsordnungsmäßig ausgefertigt ist, aber ähnlich den Handels- und Gewerbebüchern (!) Beweis zu machen geeignet erscheint.

[4]) Anders im Summ.-V. §. 35.

Digitized by Google

in der für die Antretung eines zugeschobenen Haupteides bestimmten Frist anzutreten, §. 224 (298), und sohin stets ohne Beisatz abzulegen. Die Auslassung der Antretung und der Ablegung des Eides hat das Fürwahrhalten des Widerspieles zur Folge. Die Kosten der Antretung und Ablegung können liquidirt werden. Den Effekt des Eides kann nur der Strafrichter beseitigen, §§. 234, 235 (309, 310). Über die Surrogirung des Eides und die probatio pro evitando perjurio gilt das im §. 94 Ausgeführte.

§. 99.

Der Schätzungseid.*)

Die G. O. kennt zwei Arten des Schätzungseides:

1. das juramentum in litem, den Würderungseid oder Schätzungseid im eigentl. S. Es gestattet die G. O. §§. 214, 215 (288, 289), wenn Jemand dem Anderen widerrechtlich Gewalt angethan hat, — wenn Jemand eine Sache veräußert, verderben, oder sonst Schaden nehmen läßt, da er wohl weiß, daß sie einem Dritten zugehöre, oder doch von einem Dritten werde angesprochen werden, — wenn Jemand jenes in bestimmter Zeit nicht übergibt, liefert oder verrichtet, was er zu übergeben, zu liefern, oder zu verrichten schuldig zu sein wohl weiß, sie gestattet also bein Klagen wegen einer mit böser Absicht oder grober Fahrlässigkeit zugefügten Verletzung der Person, bei Klagen wegen doloser Verweigerung bei Bestand einer Verpflichtung zur Restitution oder Exhibition, den Kläger zur Beschwörung des Interesses zuzulassen. In anderem Wege muß festgestellt sein der Gewaltakt, die Verpflichtung des Beklagten zur Restitution und Exhibition, und die schuldvolle Versäumung desselben. Der Eid über die Höhe des Schadens hat auch statt nach §. 966 b. G. B., wenn Sachen verschlossen oder versiegelt in Verwah-

*) Wetzell: 292 und 279. — Pratobevera: Mater. 5. 238. — Haimerl: Magazin 11.17. — Wagners Zeitschr. 1836 II. 351, 1837 II. 274.

Digitized by Google

rung übergeben wurden, und der ganze Erlag in Verlust geräth, oder der Verschluß verletzt wird, und der Verwahrer nicht beweist, daß der Verlust oder die Verletzung des Verschlusses ohne sein Verschulden erfolgt ist.

Der Eid ist Feststellung des Interesses, also ein Urtheil, und nur zu rechtfertigen als Strafe des Unrechtes. Die Zulassung ist bedingt von rechtzeitiger (§. 12) Anbietung,[1]) und wird durch die Möglichkeit eines Sachverständigenbefundes nicht ausgeschlossen.

Zugelassen wird der Eid im Endurtheile, wobei der Richter, wenn der Kläger den Schaden zu hoch schätzen würde, diesen nach Billigkeit, jedoch immer mit mehr Rücksicht auf den Beschädigten, im Falle des §. 966 b. G. B. mit Bedacht darauf, ob der in Anspruch genommene Schadenbetrag nach dem Stande, Gewerbe, Vermögen und den übrigen Umständen wahrscheinlich ist, mäßigen soll. Für diese Mäßigung sind die vom Beklagten beigebrachten Beweise erheblich; doch erfolgt eine richterliche Taxation auch, wenn der Beklagte kontumazirt wird,[2]) denn die Klage geht auf Gestattung des Eides, und die Taxation erscheint als Berechtigung des Richters, die Streitsache nach den Verhältnissen zu ordnen. Obwohl die Praxis den zu beschwörenden Betrag bestimmt festsetzt, bleibt dem Kläger freigestellt, den Eid in einem geminderten Betrage anzutreten und abzulegen, wodurch eine neuerliche Feststellung der Prozeßkosten veranlaßt wird.

2. den Quantitätseid (Größeneid). Die G. O., §. 217 (291) gestattet, den Kläger, sobald sein Forderungsrecht feststeht, über den Betrag der Forderung zum Eide zuzulassen, wenn er sich dazu rechtzeitig (§. 12) erbietet,[3]) und für den Betrag der For-

[1]) Nach §. 290 g. G. O. ist der Kläger zum Eid zuzulassen, auch wenn er sich nicht ausdrücklich dazu erboten hat. Vgl. auch §. 35 Summ.-V.

[2]) G. U. 3379. — Anders Haimerl in Wagners Zeitschr. 1838 II. 274, auch die Höhe des Schadens sei ein Faktum, das, wenn unbestritten, sofort für wahr zu halten ist.

[3]) Im Summ. V. § 35 auch ohne Anbietung.

Digitized by Google

derung einigen, aber keinen hinlänglichen Beweis beigebracht hat. Hiermit nähert sich dieser Eid dem Erfüllungseid, doch ist nicht, wie bei diesem eine gesetzliche erste halbe Probe gefordert, sondern der Richter berechtigt, sich mit Wahrscheinlichkeitsgründen für den Forderungsbetrag zu begnügen, wenn der Eid nach der Sachlage ihn zu überzeugen geeignet erscheint. Gleichgiltig ist, ob ein Schadenbetrag, oder eine andere Forderung geltend gemacht wird; nur darf die beanspruchte Quantität nicht eine vereinbarte sein, weil über solche Vereinbarung der Haupteid statt hat.[1]) Der §. 218 (292) bestimmt, daß dann, wenn sich der Kläger über den Betrag seiner Forderung hinlängliche Beweise hätte verschaffen können, der Richter im Urtheile den Betrag der Forderung nach genauer Überlegung der Umstände, nach Billigkeit, jedoch mit mehr Rücksicht auf den Gegentheil mäßigen soll. Daraus folgert man, was §. 291 g. G. O. anordnet, daß bei der Mäßigung mehr Rücksicht auf den Kläger zu nehmen sei, wenn dieser über den Betrag seiner Forderung sich hinlängliche Beweise zu verschaffen nicht in der Lage war, und daß jede Mäßigung entfalle, wenn der Forderungsbetrag angemessen erscheint.

Anzutreten ist der Würderungs- und Quantitätseid wie der Erfüllungseid. Über Surrogirung des Eides und Verhinderung desselben vergl §. 94.

Über den Bestand und Betrag des aus unbefugtem Firmagebrauch resultirenden Schadens entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen, ar. 27. H. G. B.

---

[1]) Anders Canstein: Lehrh. II. 432.

Digitized by Google

II. Der Beweis durch Urkunden.

§. 100.

Begriff und Bedeutung der Urkunden. *)

I. Urkunden sind Sachen, welche eine Thatsache in Erinnerung zu halten bestimmt sind. Die Sache dient der Erinnerung an sich, — Auskunftssache (Grenzsteine, Kerbhölzer, Modelle, Waarenmuster), oder sie dient der Erinnerung mittelst der Schrift. Die eine Schrift tragende Urkunde ist bestimmt zu allgemeiner Erinnerung an Personen, Vorgänge, Ereignisse (monumentum), oder zur Erinnerung für bestimmte Interessenten (documentum im eng. S., scriptura, tabula); letztere bezeichnet man als briefliche Urkunde.[1])

Die G. O. handelt im 13. Kapitel nur von dem Beweis durch briefliche Urkunden. Der Beweis mit Monumenten wird entbehrlich durch die Notorietät. Der Beweis mit Auskunftssachen ist für den Prozeß unumgänglich, und im Zivilrechte (§§. 845, 850, 852 b. G. B., ar. 80, 340 H. G. B.) vorbedacht; die Beweiskraft derselben hat der Richter bei Abgang beschränkender Bestimmungen frei zu ermessen. Für den Gebrauch der Auskunftssachen als Beweismittel sind bald die Vorschriften über Sachverständigenbeweis (Probe), bald jene über gerichtlichen Augenschein (Grenzsteine), bald jene über briefliche Urkunden maßgebend.

II. Briefliche Urkunden sind im Prozesse Beweismittel. Mit Bedacht auf das Zivilrecht erscheinen die Urkunden:

---

*) Wetzell 220. — Bähr: Der Urkundenbeweis in dem Jahrb. f. Dog. N. F. 11. 27. — Groß: Beweistheorie. — Glaser: Strafprozeß. — Pratobevera: Mat. 4 Nr. 1. — Wagners Zeitschr. 1835 II. 160, 1840 I. 38. — Schrutka-Heyßler: Zur Lehre vom Beweise, in Grünhuts Z. 18, 62.

[1]) Anders Heusler im Archiv f. z. P. 62. 280, Urkunde sei nur jene Aufzeichnung, welche dem Richter einen Rechtsakt, oder ein Geständniß oder ein Indiz darüber zur Gewißheit bringt.

Digitized by Google

1. als die von den Parteien gewählte, oder die vom Gesetz geforderte Form für Erklärungen von rechtlicher Bedeutung. Erfordert wird durch Parteiwillkür oder durch das Gesetz:

a) eine Privaturkunde, u. zw. bald eine Urkunde mit bloßer Unterschrift des Ausstellers, welche durch ein von zwei Zeugen verifizirtes, §. 116 (185), oder nur durch ein amtlich beglaubigtes Handzeichen (ar. 94 W. O., G. v. 19. Juni 1872 R. 88) ersetzt werden kann, — bald eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Urkunde (§. 578 b. G. B., §. 114 [182] G. O.), — bald Unterschrift mit Zeugen (§. 579 b. G. B.);

b) eine beglaubigte Urkunde, und zwar Beglaubigung der Unterschrift, oder Beglaubigung der Urkunde selbst (ar. 174, 208 H. G. B.);

c) eine öffentliche Urkunde (für Dispositionen der Behörden, für die in der W. O. vorgeschriebenen Proteste);

d) zu Folge des Gesetzes vom 25. Juli 1871 R. 76 speziell ein Notariatsakt, u. zw. entweder für die Giltigkeit eines Rechtsgeschäftes überhaupt (§. 1 a, b, d), oder für die Giltigkeit von Rechtsgeschäften, welche schriftlich abgeschlossen gelten sollen (§. 1 e).

Ist die briefliche Urkunde Erforderniß einer rechtlichen Erklärung, so muß bei Abhandenkommen derselben der Beweis über den Bestand und Inhalt der Urkunde zugelassen werden, wozu die Beweismittel der G. O. gebraucht werden können, soweit nicht besonderer Beweis gefordert ist (§. 722 b. G. B.). Dieser Beweis über Bestand und Inhalt der Urkunde ist ausgeschlossen, wenn sich die Partei eine neue Ausfertigung von einer Behörde oder Urkundsperson beschaffen kann, oder wenn an den Verlust der Urkunde Rechtsverlust geknüpft ist, weil das Gesetz der Partei zur Vermeidung von Nachtheil andere Schutzmittel an die Hand gegeben hat (ar. 73, 66 W. O.);

2. außer Beziehung zur Giltigkeit eines Rechtsaktes, sie dienen lediglich zur Bewahrheitung einer im Prozesse erheblichen Thatsache. Ist die Urkunde nur Beweismittel, so kann der Beweis

Digitized by Google

auch in anderem Wege erbracht werden. Das Gesetz v. 25. Juli 1871 R. 76 fordert für Schuldbekenntnisse, welche von einem Ehegatten dem anderen abgegeben werden, und für Bestätigungen über den Empfang des Heiratsgutes einen Notariatsakt; hiermit ist die Feststellung der bezüglichen Thatsachen durch gerichtliches Geständniß, und wohl auch durch Eidesdelation ausgeschlossen; Zeugenbeweis ist vorbehalten.[2]) — Die Beweiskraft der Urkunden ist von der materiellen und formellen Glaubwürdigkeit derselben bedingt.

§. 101.

Die materielle Glaubwürdigkeit brieflicher Urkunden

Jede briefliche Urkunde ist der Träger einer Erklärung, welche in dieser Gestalt dem Richter auch nachträglich wahrnehmbar wird.[1]) Die Bedeutung der richterlichen Wahrnehmung ist verschieden nach dem Verhältniß der Urkunde zum Beweissatze.

Es kann die im Prozesse relevante Thatsache dieselbe sein, welche in der Urkunde enthalten ist;[2]) die Urkunde ist dann ein Theil des Thatbestandes, dessen Subsumtion unter die Rechtsnorm in Frage steht.[3]) Man nennt solche Urkunden **dispositive Urkunden**, obwohl dabei nicht immer an eigentliche Dispositionen, sondern nur an Erklärungen von juristischem Belang[4]) gedacht werden darf. Als solche Urkunden erscheinen Erlässe der Behörden, letztwillige Anordnungen, schriftlich vollzogene Erklärungen, Noti-

---

[2]) Die Ent. v. 27. Januar 1885, Not. Z. 1885: 13 erkennt auch den Zeugenbeweis ausgeschlossen.

[1]) Man stellt daher als Regel für die Beweiskraft brieflicher Urkunden den Satz (Baldus zu lex 3 Cod. de rebus cred. IV. 1) auf: vox viva quod non operatur, nec etiam vox mortua.

[2]) Wendt: Beweis, im Arch. f. z. P. 63. 311. — Schrutka-Heyßler, in Grünhuts Z. 13, 68, die Urkunde kann sein eine dispositive, der Willensausdruck.

[3]) Wach: Vorträge 153.

[4]) Wetzell 222.

Digitized by Google

fikationen, Protestationen u. s. w. Der Richter, welchem diese Urkunde vorgelegt wird, nimmt mittelst derselben die rechtlich relevante Erklärung unmittelbar wahr. Diese direkte Wahrnehmung (wie bei Augenschein) bewirkt, daß die Urkunde für und gegen jedermann und in jeder Rechtssache Beweis macht, und daß Gegenbeweis ausgeschlossen, daher nur jene Vertheidigung zugelassen ist, welche gegen den in Frage stehenden Willensakt möglich erscheint, so die Berufung auf Zwang, Irrthum, Simulation u. dergl. insbesondere auch die Vertheidigung, daß der Willensausdruck allein zur Konstituirung eines Rechtsgeschäftes nicht ausreiche (instrumentum indiscretum, ex quo causa debendi discerni nequit).

Verschieden davon sind jene Urkunden, welche eine Aussage über den Thatbestand enthalten. Diese Aussage ist entweder ein außergerichtliches Geständniß (des Empfanges eines Darlehens, einer Zahlung, eines Heiratsgutes, Anerkenntniß einer Rechnung), oder ein Zeugniß.

Das außergerichtliche schriftliche Geständniß ist in seiner rechtlichen Bedeutung dem außergerichtlichen mündlichen Geständniß gleich (S. §. 76).

Schriftliche Zeugnisse sind entweder Privatzeugnisse, oder öffentliche Zeugnisse. Schriftliche Zeugnisse von Privatpersonen machen nicht Beweis, denn die Zeugenaussage macht nur Beweis, wenn sie in dem betreffenden Rechtsstreit vor Gericht unter Eid abgelegt, und durch eine zweite Aussage, oder andere Beweise unterstützt wird. Privatzeugnisse dienen zur Glaubhaftmachung, sie sind auch Grundlage des summarischen Zeugenbeweises (S. §. 112).

Öffentliche Zeugnisse d. s. solche, welche von einem öffentlichen Beamten über die in seinen Amtskreis fallende Wahrnehmung in officieller Weise, nämlich in amtlicher Form und mit Bedacht auf den Amtseid ausgestellt sind, machen vollen Beweis, vorausgesetzt, daß der Beamte unbefangen erscheint (§. 52 Gr. J.), zur Wahrnehmung und Beurkundung der fraglichen Thatsache be-

Digitized by Google

rufen ist und im Amte, also auch im territorialen Sprengel fungirt hat. Den öffentlichen Beamten stehen die staatlich bestellten Urkundspersonen gleich, speziell die k. k. Notare,[5]) und die Matrikenführer.[6])

Vollen Beweis liefern öffentliche Zeugnisse nur über die amtliche Wahrnehmung. Diese bezieht sich entweder auf die im Prozesse streitige Thatsache, oder auf eine Mittheilung darüber. Der Werth einer solchen öffentlich beurkundeten Mittheilung ist für sich zu prüfen. Die Mittheilung kann sein a) ein Bericht über amtliche Wahrnehmung, und erscheint dann vollkommen glaubwürdig und beweiskräftig. Es wird nämlich die Zeugnißurkunde nicht nothwendig von jenem Beamten, welcher die Wahrnehmung selbst gemacht hat, sondern auf Grund eines amtlichen Referates ausgefertigt, so der Todtenschein nach dem Bericht des Leichenbeschauers, die Urkunde über den Inhalt einer Verhandlung auf Grund des Protokolles des zur Amtshandlung bestellten Beamten; — b) ein privates Zeugniß. Auf solchem beruhen die Geburtsmatriken; sie beurkunden amtlich nur jene Thatsache, welche der Matrikenführer selbst wahrgenommen hat, z. B. die Taufe; das private Zeugniß (der Eltern und Hebamme) über die Geburt wird von dem Matrikenführer zum ewigen Gedächtnisse beurkundet.[7]) Das Hfd. v. 15. Jän. 1787 Nr. 621 bestimmt, daß die Tauf-, Trauungs- und Todtenbücher nur jenes beweisen, „worüber sie eigens errichtet sind", nicht aber einfließende, auf bloße Angaben sich gründende Nebenumstände z. B. den Adel; — c) ein Geständniß der Partei, welches sohin als solches zu würdigen sind. Als solches Geständniß erscheint auch die nach §. 164 b. G. B. in der Tauf- oder Geburtsmatrik beurkundete uneheliche Vaterschaft,

[5]) Über den Amtssprengel und die Befangenheit vergl. §§. 31 und 33 Not. O.

[6]) Ulbrich: Lehrb. des österr. Staatsrechtes 1883, S. 465.

[7]) Wetzel 230. — Uihlein im Archiv f. z. P. 15. 26. — Haimerl, in Wagners Zeitschr. 1886 II. 195.

Digitized by Google

weil die Eintragung nicht auf bloßer Angabe der Mutter, auf einem ungefähren Ruf, auf der Vermuthung des Seelsorgers, sondern auf der durch des Seelsorgers und des Pathen Zeugniß festgestellten Einwilligung des Vaters beruht (§. 4, Pat. 20. Feber 1784, Krop. 6. 558).

Den Beweis durch öffentliche Zeugnisse kann der Probat entkräften durch die Darlegung der Befangenheit des Ausstellers, der Inkompetenz zur Amtshandlung, der Fälschung des Inhaltes, der Unvollständigkeit der Urkunde; der Beweis der Unwahrheit der amtlichen Bestätigung kann im Zivilprozesse nur durch ein Straf- oder Disziplinarerkenntniß erbracht werden (Hfd. v. 6. März 1821 Nr. 1743, §. 102 Straf.-G.).[8])

Das öffentliche Zeugniß wird durch die Zeugenschaft des bezüglichen Beamten im Prozesse nicht ersetzt, weil diese zum Amte außer Beziehung steht.

Dieselbe Urkunde kann eine Disposition, ein Parteigeständniß und ein Zeugniß enthalten, und ist sohin der Inhalt nach dieser verschiedenen rechtlichen Beschaffenheit zu beurtheilen.

§. 102.

Der Bücherbeweis.

Eine besondere Stellung haben die Beurkundungen der amtlich bestellten Handelsmäkler, die Handelsbücher, und die Bücher der Handwerker.

I. Das Tagebuch des Mäklers, die beglaubigten Auszüge aus demselben, und die Schlußnoten, welche bei Taggeschäften lediglich der Mäkler unterzeichnet, bei Lieferungsgeschäften aber die Gegenpartei mitfertigen soll, ohne daß diese Mitfertigung Bedingung der Perfektion des Geschäftes und der Beweiskraft der Urkunde ist, liefern Beweis über den Abschluß des Handels-

[8]) Anders Wetzell 253, Note 5*; Canstein: Lehrb. II. 258.

Digitized by Google

geschäftes und dessen Inhalt, für die Parteien und auch für den Mäkler (ar. 77 H. G. B.).

Werden von dem Probaten Umstände hervorgehoben, welche die Beweiskraft abzuschwächen geeignet sind,[1]) wozu insbesondere der bei der Zustellung der Schlußnote erhobene Anstand, die Verweigerung der Annahme oder der Unterzeichnung der Schlußnote, sowie Unregelmäßigkeiten bei der Führung des Tagebuches gehören (ar. 77, 78 H. G. B.), so kann der Richter α) über Antrag, aber auch ohne solchen die Vorlegung des Tagebuches verordnen, um dasselbe einzusehen und mit der Schlußnote, dem Auszug aus dem Tagebuche, und anderen Beweismitteln zu vergleichen; β) die eidliche Bestärkung durch den Mäkler, und γ) andere Beweise fordern. Hiermit ist der Richter zur Ermittlung der Wahrheit angewiesen und muß diese Pflicht mit den widerstreitenden Bestimmungen der G. O. in Einklang bringen.

Bei Parteiantrag kann die Vorlegung des Tagebuches im Zuge des Instruktionsverfahrens erfolgen; ohne solchen Antrag findet der Instruktionsrichter keinen Anlaß, die Vorlegung anzuordnen; es ist also eine solche Anordnung, nicht minder die Forderung eidlicher Bestärkung durch den Mäkler, und die Forderung weiterer Beweismittel dem zur Entscheidung der Streitsache berufenen Richter vorbehalten. Gegen diese Anordnung steht dem Mäkler und den Parteien kein Rechtsmittel zu, weil der Mäkler als Urkundsperson zur Auskunft verpflichtet ist, und die Partei beim Oberrichter nicht die Verfügung erwirken kann, daß der Unterrichter die Streitsache zu entscheiden habe, obwohl er sich hierzu nicht genügend informirt erklärt hat. Die Anordnung ist in einer Ergänzungsverhandlung auszuführen (Anal. des §. 25 Summ.-V.). Der Eid des Mäklers ist ein Zeugeneid über die Wahrheit der gebuchten Thatsache,[2]) nicht ein Eid über die Richtigkeit

[1]) Dernburg, im Zentralorgan N. F. 2. 305.

[2]) Grünhut in s. Zeitschr. II. 563; Pemsel: Die Fassung des Bucheides, 1836.

Digitized by Google

der Buchung;[3]) der Eid ist erzwingbar. Der Auftrag an die Partei, weitere oder andere Beweismittel beizubringen, kann unbefolgt bleiben in der Voraussicht, daß das Obergericht ergänzenden Beweis als überflüssig befinden werde. Erkennt ein Obergericht auf Einsicht des Tagebuches, den Eid des Mäklers, oder die Beibringung weiterer Beweismittel, so obliegt der ersten Instanz das diesfällige Verfahren, und, da neues Erkenntnißmaterial zuwächst, auch eine neuerliche Sachentscheidung.[4])

II. Im Anschluß an das römische Recht wurde durch die italienische Jurisprudenz und durch Gewohnheitsrecht in richtiger Würdigung der Bedürfnisse des Handelsverkehrs den Handelsbüchern Beweiskraft beigelegt zu Gunsten des Geschäftsherrn und gegen denselben, dann für und gegen Dritte. Diese Rechtsanschauung überging in die G. O. §. 119 (185) und in das Handelsgesetzbuch.[5])

Die Eintragung in die Handelsbücher erfolgt nicht, um damit für oder gegen sich Beweis zu schaffen; sie geschieht, um die Geschäftslage zu übersehen, und in den geschäftlichen Verhältnissen Ordnung zu erhalten. Beweisgrund ist sonach nicht das in den Büchern gegebene Geständniß, das in denselben gegebene Selbstzeugniß,[6]) zumal ja auch die Eintragung in die Bücher mit der Wahrnehmung der Buchungsthatsache außer Beziehung steht; es ist Beweisgrund die durch die Geschlossenheit einer solchen Rechnungs-

[3]) Canstein: Lehrb. II. 358.

[4]) Ullmann, in den Mit. d. d. Jur. Ver. 4. Nr. 7.

[5]) Wetzell 224. — Zeitschr. für Notariat 1880 N. 5 f. — Randa: Obchodni právo 1880, 1883 S. 90. — Behrend: Lehrbuch des Handelsrechtes 1880—1884 1, S. 296.

[6]) Wach: Vorträge 163; Handelsbücher sind in gewissen Grenzen „außergerichtliche günstige Selbstaussagen". Canstein: Lehrb. II. 380; Handelsbücher enthalten einerseits einen unvollständigen Beweis liefernde schlichte Geständnisse, andererseits Zeugnisse, deren Glaubwürdigkeit durch manigfache Umstände garantirt wird; S. 436, Handelsbücher geben Indizienbeweis.

Digitized by Google

führung verbürgte Richtigkeit und Genauigkeit des einzelnen Eintrags,[7]) der Umstand, daß die Post an dem durch Zeit und Umstände bestimmten Ort eingetragen ist, und alle Eintragungen in der durch die Buchführung bedingten Harmonie stehen. Das Buch macht Beweis über die Ordnung in der Buchführung, und diese Ordnung ist Indiz für die Richtigkeit des einzelnen Postens.[8]) Den Schluß von der Richtigkeit der Buchführung auf die Richtigkeit des einzelnen Eintrages kann der Buchführer füglich nicht anfechten, er erscheint gegen ihn verläßlich; — für ihn und gegen Dritte erscheint der Schluß vertrauenswürdig.

Nach dem Stande der Gesetzgebung ist zu unterscheiden, wie folgt:

1. Die Bücher eines österr. Kaufmannes vollen Rechtes, bez. einer Handelsgesellschaft, liefern für den buchführenden Kaufmann über Handelssachen regelmäßig einen unvollständigen Beweis, vorausgesetzt, daß sie nach Inhalt und Form ordnungsmäßig geführt sind, ar. 34. H. G. B., d. h. daß aus den Handelsbüchern die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens vollständig zu ersehen sind (ar. 28 H. G. B.), und daß jedes einzelne Buch die Erfordernisse des ar. 32 H. G. B. hat. Die Bücher können von einem Handlungsgehilfen geführt, die Eintragungen in derselben Zeit von verschiedenen Gehilfen geschrieben sein (ar. 36).

Ausnahmsweise haben ordnungsmäßig geführte Bücher weniger Glauben, wenn aus den Prozeßakten Umstände erhellen, welche das Vertrauen abschwächen (Unverläßlichkeit des Kaufmannes, Bestrafung wegen gewinnsüchtiger Delikte, Unkenntniß der Buchführung, des Schreibens Seitens des Prinzipals, Unwahrscheinlichkeit des Eintrages, Nichtvorlage unzweifelhaft existenter anderer Beweismittel); der Richter wird hierdurch veranlaßt, von

[7]) Wetzell 224.
[8]) Heusler, im Arch. f. z. P. 62. 311.

Digitized by Google

dem Buchbeweis abzusehen, wenn nicht verläßlicher Ergänzungsbeweis angeboten ist. — Es liefern ordnungsmäßig geführte Bücher an sich ausreichenden Beweis, wenn Umstände vorliegen, welche die Beweiskraft erhöhen (besondere Unbescholtenheit, besondere Sorgfalt und Genauigkeit der Bücher, Unterlassung der Vorlegung der Gegenbücher).

Unregelmäßigkeiten bei der Buchführung hat der Richter frei zu würdigen. Bei der Prüfung der Buchführung ist der Richter auf die Untersuchung der gerügten Mängel nicht beschränkt (ar. 38 H. G. B.).

Beweis liefern a) alle Handelsbücher, u. zw. jedes hinsichtlich derjenigen Thatsachen, für deren Beurkundung es bestimmt ist. Es liefern also Beweis die Rechnungsbücher und die Hilfsbücher, insbesondere auch das Briefkopirbuch. Unerheblich erscheinen Eintragungen, welche nicht einen thatsächlichen Vorgang beurkunden (z. B. ein Urtheil über die Qualität der Waare, über den Werth einzelner Objekte). Nicht bewiesen werden durch die Bücher Thatsachen, welche aus den gebuchten Thatsachen lediglich erschlossen werden (z. B. der Eingang aus der Absendung). Bewiesen werden durch die Bücher auch Negativen, sofern aus dem Nichteingetragensein darauf geschlossen werden kann, daß eine Thatsache sich nicht ereignet habe; — b) die Handelsbücher liefern Beweis „über Handelssachen", nicht bloß über Handelsgeschäfte.

Nach ar. 34 H. G. B. liefern die Handelsbücher Beweis „unter Kaufleuten", u. zw. unter Kaufleuten vollen Rechtes; sie sind Beweismittel auch für solche Rechtsverhältnisse, welche nicht unmittelbar unter den Streittheilen begründet wurden. Die Handelsbücher liefern unter Kaufleuten Beweis ohne zeitliche Beschränkung, weil Kaufleute mit ihren Büchern gleichgewichtigen Gegenbeweis zu liefern in der Lage sind.

Durch §. 19 des Einf. G. zum H. G. B. ist den Büchern der Vollkaufleute gleiche Beweiskraft zuerkannt „gegen Nicht-

Digitized by Google

kaufleute" im Sinne des ar. 34 H. G. B., jedoch mit Bedacht darauf, daß diesen ein Buchbeweis überhaupt oder regelmäßig nicht zu Gebote steht, nur für die Dauer von 18 Monaten von der Entstehung (nicht der Fälligkeit) „der im Buche als unberichtigt offen gebliebene Post". — Die Frist von 18 Monaten ist eine Präklusivfrist, daher von amtswegen zu berücksichtigen.[9])

2. Den Büchern der Kaufleute mindern Rechtes kommt nach §. 20 des Einf. G. zum H. G. B. gleiche Beweiskraft zu, doch gegen Vollkaufleute und andere Personen nur während der oben bezeichneten Präklusivfrist von 18 Monaten. Gefordert ist, daß diese Bücher dem ar. 32 H. G. B. entsprechen und den Stand der Geschäfte, nicht auch die Lage des Vermögens, vollständig ersichtlich machen. Die Bedeutung von Unregelmäßigkeiten bei der Buchführung hat der Richter auch hier frei zu würdigen.[10])

3. Ob, wie viel, wie lange, und gegen wen Bücher ausländischer Kaufleute in Österreich Beweis machen, bestimmt sich nach den Grundsätzen materieller Reziprozität (§. 22 Einf. G. zum H. G. B., Hfd. v. 12. Dezember 1785 Nr. 520, und Hfd. v. 4. Mai 1787 Nr. 676). Für die Form der ausländischen Handelsbücher ist das Gesetz des Ortes, wo sie geführt werden, entscheidend;[11]) es genügt jedoch zur Anwendung der Reziprozität, daß die Bücher den Anforderungen des österr. Rechtes entsprechen. (Hfd. v. 4. Mai 1787 Nr. 676.)

4. Den Büchern der nach dem Gesetze vom 9. April 1873 R. 70 konstituirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften kommt die Beweiskraft der Bücher der Vollkaufleute zu, wenn deren Unternehmung erheblich ist (§. 7 Einf. G. zum

[9]) Besch. v. 25. August 1853, Jud. B. 5.

[10]) Anders Canstein: Lehrb. II. 372.

[11]) Pratobevera: Mater. 4. 103. — Fischer: Lehrb. des Handelsrechtes 193. — Horak, in Wagners Zeitschr. 1834 II. 289. — Rippel: Gerichtsordnung, 1. S. 343.

Digitized by Google

H. G. B.), und mindestens theilweise Handelsgeschäfte zum Gegenstande hat; ist aber das Unternehmen minder erheblich, oder zum Handel nicht in Beziehung, so kommt den Büchern der Genossenschaften die Beweiskraft der Bücher der Kaufleute mindern Rechtes zu. Die Bücher dienen nach §. 22 des bezeichneten Genossenschaftsgesetzes „zur Nachweisung der Forderung der Genossenschaft aus den ihr gesetzlich gestatteten Geschäften". Diese Bestimmung erscheint im Hinblick darauf, daß Bücher der Kaufleute für und gegen Dritte, und gegen den buchführenden Kaufmann Beweis liefern, als eine Beschränkung, welche mit den Interessen des Verkehres und mit §. 13 des Genoss. G. nicht vereinbar, also für Genossenschaften, welche als Kaufleute gelten, nicht zu beachten ist.

5. In der auf Grund des k. P. vom 20. Sept. 1865 R. 89 erflossenen Verordnung vom 28. Okt. 1865 R. 110 ist den Büchern der in Gemäßheit der bestehenden Gesetze errichteten und der Aufsicht der Staatsverwaltung unterstehenden Anstalten, welche nach ihren statutarischen Zwecken Kreditgeschäfte betreiben, „das den Handelsbüchern in Handelssachen unter Kaufleuten eingeräumte Maß der Beweiskraft zugestanden", ohne zeitliche Begrenzung, zur „Nachweisung ihrer Forderungen aus statutenmäßigen Geschäften". Vorausgesetzt ist, daß diese Bücher nach Inhalt und Form den Büchern der Vollkaufleute entsprechen. Die Beschränkung der Beweiskraft der Bücher auf die Nachweisung der Forderungen aus statutenmäßigen Geschäften ist bei Kreditanstalten, welche Kaufleute sind, fallen zu lassen.[12])

Einzelnen Kreditinstituten sind weiter reichende Begünstigungen zugestanden. Es machen die Bücher der allg. österr. Bodenkreditanstalt (M. V. v. 1. Juni 1864 R. 49, Stat. ar. 85), der Hypo-

[12]) Die Giltigkeit der Ver. vom 28. Okt. 1865 R. 110 hat das Gericht nach ar. 7 des Staats-G. G. v. 21. Dezember 1867 R. 144 zu prüfen.

Digitized by Google

thekenbank des Königreiches Böhmen (M. V. vom 26. Dez. 1864 R. 99, §. 39 Stat.) u. s. w. und die Auszüge daraus über den Betrag der Forderung vollen Beweis. Den Büchern der österr.-ungar. Bank, und den mit der Firma der Bank unterzeichneten Auszügen aus denselben (G. v. 27. Juni 1878 R. 66), allen von der Kreditanstalt für Handel und Gewerbe ausgestellten Urkunden (§. 63, M. V. v. 6. November 1855 R. 186) kommt die Beweiskraft öffentlicher Urkunden zu.

III. Die Bücher der Handwerker (Personen, die eine Arbeit liefern, nicht auch andere Gewerbs- und Geschäftsleute)[13]) liefern für den Handwerker eine erste halbe Probe gegen Jedermann über die Lieferung und den Lohn, sofern er verabredet war, §. 121 (191), wenn a) der Handwerker von gutem Rufe, folglich im Konkursfalle seine Unschuld vollkommen erwiesen ist; b) wenn er ein ordentliches Tagebuch führt, c) in dasselbe alles, was ihm zur Last und zu Guten kommt, einträgt, d) dabei das Jahr und den Tag, wie auch die Personen, welche die Arbeit bestellt, dann denen und durch welche sie geliefert worden ist, klar angegeben ist, und e) die in das Tagebuch eingetragene Post dahin gehörig ist, folglich von einer gelieferten Arbeit herrührt. Die Beweiskraft der Bücher der Handwerker ist beschränkt auf ein Jahr und sechs Wochen, §. 120 (nach §. 189 g. G. O. auf ein Jahr und 6 Monate) vom Tage der geborgten Waare (Pat. v. 31. Dez. 1785 Nr. 480, — nach der g. G. O. von der offen gebliebenen Schuld), und dabei dem Handwerker angerathen, nach Verlauf eines Jahres einen Auszug der ausständigen Forderungen zu verfassen, und den Schuldner um Unterzeichnung desselben anzugehen, oder diesen längstens binnen sechs Wochen gerichtlich zu belangen. Den Büchern ausländischer Handwerker kommt, Reziprozität vorausgesetzt, die im bezüglichen Staate zuerkannte

[13]) Pratobevera, a. a. O. 105.

Digitized by Google

Beweiskraft in der dort bestimmten Zeitdauer zu (Pat. vom 4. Mai 1787 Nr. 676).

IV. Handwerker haben den mit ihrem Tagebuch erbrachten halben Beweis gerichtsordnungsmäßig zu ergänzen. Einer Ergänzung durch Eid oder andere Beweismittel bedarf aber auch der sonstige Buchbeweis, soweit er nicht vom Gesetz als vollständig erklärt ist, oder vom Richter als zureichend erkannt wird (ar. 34 H. G. B.). Zur Ergänzung dient jede in der G. O. anerkannte zweite halbe Probe über die gebuchte Thatsache. Ein Eid über die Richtigkeit der Buchführung erscheint ausgeschlossen, weil das H. G. B. bei der Statuirung der Beweiskraft der Handelsbücher ordnungsmäßige Buchführung schon vorausgesetzt, und die G. O. (§§. 104, 203, 212 [170, 275, 286]) einen solchen Eid nicht anerkennt.[14]) Zum Nachtheil des Buchführenden wird der Richter den Buchbeweis, gestützt auf ar. 37 H. G. B., als an sich zureichend erkennen.[15])

§. 103.

Die formelle Glaubwürdigkeit der brieflichen Urkunden.

Um den ihrem Inhalt entsprechenden Beweis zu liefern, müssen die brieflichen Urkunden formell glaubwürdig sein. Die formelle Glaubwürdigkeit ist bedingt von der Ausfertigung derselben in gesetzlicher Form, von der Echtheit (veritas instrumenti), und von Unverfälschtheit und der Unbedenklichkeit der Urkunde.

I. Die gesetzliche Form ist verschieden für öffentliche und für Privaturkunden.

Öffentliche Urkunden bedürfen der Angabe des Ortes und der Zeit der Ausstellung, der Unterschrift des dazu berufenen

---

[14]) Randa, a. a. O. 94. — Anders Canstein: Lehrb. II. 382. Vergl. auch die dort in der Note 97 angegebene Literatur. — Rosenblatt: Zur Lehre von der Fassung des Bucheides, Ger. Z. 1878: 97.

[15]) Canstein, a. a. O. 380: gesetzlich kommt den Büchern zum Nachtheil des Buchführers unvollständige Beweiskraft zu.

Digitized by Google

Beamten (Hfd. v. 19. April 1799 Nr. 466), und allenfalls auch der Beifügung des Amtssiegels. Einzelnvorschriften fordern, daß der instrumentirende Beamte unter Mitwirkung eines zweiten Beamten (§. 589 b. G. B., §. 70 Not. O.), oder unter Zuziehung eines beeideten Schriftführers (§. 188 Gr. J.), oder unter Beiziehung von Zeugen (§. 589 b. G. B., §. 56 Not. O.) Amt handle, und daß die Ausfertigung mit besonderer Feierlichkeit erfolge (§. 68 Not. O.).

Für öffentliche Urkunden sind zu halten jene Schriften, welche ein österreichischer beeideter Staats-, Landes-, Bezirks-, Gemeindebeamte zu Folge seiner Amtsstellung in Amtssachen errichtet; — die von den im Auslande zur Ausstellung öffentlicher Amtsurkunden berechtigten Personen errichteten, und mit der in jedem Lande üblichen (d. h. im Verkehr mit diesem Lande von den österr. Gesetzen geforderten) Legalisirung versehenen Schriften, §. 112 (180); — die Akte und Beurkundungen der k. k. Notare (Not. O. v. 25. Juli 1871 R. 75); — die Geburts-, Trauungs- und Todtenbücher der gesetzlich zur Führung der Zivilstandsregister berufenen Organe; — die Urkunden bestimmter Institute, welche durch Einzelnverordnungen als öffentliche Urkunden anerkannt sind, so die Zeugnisse der öffentlichen Meß- und Wäganstalten (G. v. 19. Juni 1866 R. 50); — und die Urkunden bestimmter Kreditinstitute (Pfandbriefe der gal. ständ. Kreditanstalt, die von der Kreditanstalt für Handel und Gewerbe ausgestellten Urkunden, die Bücher der österreichisch-ungarischen Bank und Auszüge daraus u. s. f.).

Öffentliche Urkunden sind in der Amtssprache und mit den Schriftzeichen derselben auszufertigen. — Privaturkunden können in einer beliebigen Sprache und mit beliebigen verkehrsüblichen Schriftzeichen ausgefertigt werden; nur die in Österreich in der hebräischen Sprache oder auch nur mit hebräischen und jüdischen Buchstaben geschriebenen Urkunden sind ungiltig und nichtig, (Hfd. v. 22. Oktober 1814 Nr. 1106), doch darf die von einem Aus-

Digitized by Google

länder zu Gunsten eines Österreichers in der jüdischen Sprache ausgefertigte einseitig verbindende Urkunde vom Richter nicht verworfen werden (Hfd. v. 19. Juli 1816 Nr. 1266).

Als Förmlichkeit fordert das österreichische Gesetz von Privaturkunden im Allgemeinen nur die Unterschrift, u. zw. für Privaturkunden rechtsgeschäftlichen Inhaltes zur Perfektion des Geschäftes (§. 884 b. G. B.), für Beweisurkunden zur Beweiskraft, §. 114 (182). Vollzogen ist die Unterschrift mit der Fertigung des Zunamens.[1]) Kann der Aussteller nicht unterschreiben, so genügt ein Handzeichen und die Beiziehung von zwei Zeugen, wovon einer den Namen des Ausstellers zu unterschreiben hat, §. 116 (185), wenn nicht öffentliche Beglaubigung des Handzeichens (ar. 94 Wechs. O. und a. a. O.) gefordert ist. Unterschrift in hebräischen oder jüdischen Lettern gilt nur als Handzeichen (Hfd. v. 19. Feber 1846 Nr. 938, trotz ar. 19 des Staats-G. G. v. 21. Dezember 1867 R. 142). Die von einem Dritten im Auftrage besorgte Unterschrift ersetzt die Fertigung des Auftraggebers (§. 37 Summ.-V.).[2]) Die Unterschrift wird durch Druck, Stampigliendruck und dergl. nicht ersetzt.[3])

Diese gesetzlichen Bestimmungen hat der Verkehr überholt; er bedient sich der verschiedenst gestalteten Urkunden als „Bescheinigungsmittel oder Träger von Forderungsrechten",[4]) welche den genannten Anforderungen nicht entsprechen, und deren rechtliche Bedeutung aus den für die Emissionsstelle staatlich genehmigten Regeln, bei Abgang solcher aber vom Richter frei zu würdigen ist.

Eine Urkunde, welche den Namen des Ausstellers im Kontexte nicht aber als Unterschrift enthält, ist, auch wenn sie der

[1]) Schrutka-H., in Grünhuts Z. 18, 64 hält auch die bloße Zeichnung des Vornamens für zureichend, insofern die Person des Ausstellers dadurch nicht zweifelhaft wird.

[2]) Langenbeck: Beweisführung 647; Wetzell 238. Vergl. aber das G. v. 19. Juni 1872 R. 88.

[3]) Fischer, in Wagners Zeitschr. 1833 II. 1.

[4]) Fuchs: Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs.

Digitized by Google

Aussteller selbst geschrieben hat, nach der G. O. beweislos. Eine Ausnahme macht für Frachtbriefe der ar. 392 H. G. B.

Ausnahmsweise fordert das Gesetz besondere Zierlichkeiten, so der §. 114 eigenhändige Schrift und Unterschrift des Ausstellers für Schuldscheine, d. s. Empfangsbestätigungen über ein Darlehen (§§. 182, 183 g. G. O.),[5] wobei das Schreiben des Schuldscheines durch Mitfertigung von zwei Zeugen ersetzt wird, — die §§. 578 und 579 b. G. B. eigenhändige Schrift und Unterfertigung für schriftliche Erklärungen des letzten Willens, wobei die eigenhändige Schrift nur durch drei Testamentszeugen surrogirt wird, — ar. 174 und 208 H. G. B. eine gerichtliche oder notarielle Urkunde über die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages bei Kommanditgesellschaften auf Aktien und bei Aktiengesellschaften, — das Gesetz v. 25. Juli 1871 R. 76, die Aufnahme eines Notariatsaktes für Urkunden über Rechtsgeschäfte unter Lebenden, welche von Blinden, oder welche von Tauben, die nicht lesen, oder von Stummen, die nicht schreiben können, errichtet werden.

Die Form der Privaturkunden, welche im Auslande errichtet sind, ist nach dem Rechte des Ortes der Errichtung zu beurtheilen, (Hfd. v. 22. Juli 1818 Nr. 997;) solche Urkunden bedürfen überdieß der im Verkehr mit dem bezüglichen Staat geforderten Legalisirung, (Hfd. v. 22. Jänner 1838 Nr. 249).

Von den der Errichtung einer Urkunde beigezogenen Zeugen fordert das Gesetz, — abgesehen von den die Solennität bestimmter Rechtsakte regelnden Vorschriften (vgl. §§. 591, 595, 597 b. G. B.), — Unbedenklichkeit, und eine solche Intervention, daß sie aus eigener Wahrnehmung zu bestätigen in der Lage seien, daß die Urkunde dem Willen des Ausstellers gemäß sei, §. 117 (186).[6] Das Pat. vom 13. Jänner 1785 Nr. 382 und §. 186

[5] Blaschke, in Wagners Zeitschr. 1844 I. 53.

[6] Dazu genügt, daß der Zeuge die Unterzeichnung der Urkunde durch den Aussteller wahrnahm, §. 121 Z. P. O. vom J. 1852.

Digitized by Google

g. G. O. setzen Verantwortung und Strafe für jene aus, welche ohne solche Wahrnehmung als Zeugen unterschreiben; es folgt aus der Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306 (es wird erfordert), daß die Urkunde beweislos ist, wenn hervorgeht, daß der Zeuge die im §. 117 geforderte Wahrnehmung nicht gemacht hat.[7])

Erscheint eine öffentliche Urkunde mangelhaft, so kann sie bei Bestand der rechtlichen Erfordernisse für eine Privaturkunde als solche Geltung behaupten, ausgenommen die öffentliche Urkunde ist die vom Gesetz geforderte Form einer rechtlichen Erklärung, oder die Partei hat von den ihr gesetzlich zur Wahl gestellten Formen (vgl. §. 577 b. G. B.) die öffentliche Form gewählt und hiermit die zugelassene private Form ausgeschlossen.

II. Echt ist die Urkunde, wenn sie von Demjenigen herrührt, welcher als der Aussteller derselben erscheint, auch wenn sie von einem Dritten geschrieben, oder wenn sie gedruckt ist; nothwendig erscheint nur, daß sie dem Willen des Ausstellers entspreche, und daß dieser Aussteller entweder im Kontexte oder am Schlusse genannt sei. Das österreichische Gesetz begnügt sich mit der Nennung des Ausstellers nicht; es fordert die Unterschrift desselben zur Perfektion des urkundlichen Rechtsaktes bez. zur Beweiskraft.

Ist die Unterschrift echt, so ist anzunehmen, daß der Kontext der Urkunde vom Unterzeichner herrühre, und seinen Willen zum Ausdruck bringe,[8]) daher der Unterzeichner der Urkunde zu beweisen hat, daß mit seiner Unterschrift Mißbrauch geschehen, oder daß ihm bei der Unterzeichnung eine nicht beabsichtigte Erklärung unterschoben wurde. Die Relevanz eines solchen Beweises bei urkundlichen Rechtsgeschäften bestimmt das Zivilrecht.[9]) Die Unter-

---

[7]) Ent. v. 6. März 1884, Ger. H. 1885: 11.

[8]) Wendt, im Archiv f. z. P. 64. 226 Note 18.

[9]) Vergl. z. B. die V. v. 6. Okt. 1853 R. 200 über unvollständige Wechselerklärungen.

Digitized by Google

schrift deckt den vorstehenden Inhalt; Postskripte bedürfen neuer Unterzeichnung. Die Datirung gilt durch die Unterschrift gedeckt, auch wenn sie ihr beigefügt ist.

Über die Echtheit der Urkunde hat sich der Produkt zu erklären mit Rekognition oder Diffession; erklärt er sich nicht ausdrücklich und bestimmt in der der Produktion nachfolgenden Rede, so gilt die Echtheit der Urkunde als zugestanden, §. 11. Die Diffession verpflichtet bei Privaturkunden den Produzenten, gleichviel ob es sich um seine oder um die Unterschrift eines Verstorbenen handelt, zum Beweis der Echtheit, §§. 133, 134 (207, 208), bei öffentlichen Urkunden aber den Produkten zum Beweis der Unechtheit. Der Produzent hat auch die Echtheit der in öffentlichen und in Familienarchiven aufbewahrten Privaturkunden, wenn sie bestritten ist, zu beweisen, selbst wenn die Verwahrung zu einer Zeit eingeleitet wurde, wo zum vorliegenden Streit noch kein Anlaß war. Die Legalisirung der Unterschrift erscheint als antizipirter Echtheitsbeweis.

III. Die Unverfälschtheit ist eine negative Voraussetzung der formellen Glaubwürdigkeit, die Voraussetzung nämlich, daß der Inhalt der Urkunde nicht gegen den Willen des Ausstellers abgeändert wurde. Ist die Echtheit der Urkunde an sich festgestellt, so gelten auch die einzelnen Theile des Inhaltes derselben als echt; es hat also der Produkt die Fälschung des Inhaltes im Einzelnen zu beweisen.

Sind aus der Urkunde Veränderungen des Inhaltes ersichtlich (Korrekturen, Rasuren, Durchstreichungen, Einschaltungen u. dergl.), so kann sich der Produkt begnügen, die Urkunde für bedenklich zu erklären und auf diese Gebrechen zu verweisen, und es hat dann der Richter zu beurtheilen, ob diese Änderungen sich als Fälschungen darstellen, §. 129 (200). Es erscheint diese Erklärung des Produkten als Antrag auf Schriftenvergleichung, welche der Richter auf Grund des dem Aktenrotel beizuschließenden Originals in derselben Weise vorzu-

Digitized by Google

nehmen hat, wie wenn die Echtheit der Urkunde im Ganzen bestritten ist (s. §. 104). Dem Produzenten ist selbstverständlich vorbehalten, die aus der Urkunde ersichtlichen Änderungen als vom Aussteller gewollt darzustellen.[10]) Hat der Produkt eine Urkunde mit sichtlich verändertem Inhalt nicht rechtzeitig für bedenklich erklärt, so ist der geänderte Inhalt entscheidend.

Urkunden mit sichtbaren Merkmalen der Vernichtung (Zerreißen, Zerschneiden, Durchstreichen der Unterschrift) sind bedenklich, also nicht glaubwürdig, daher der Produzent zum Beweis genöthigt, daß die Verletzung durch Zufall (§. 722 b. G. B.) oder Verschulden des Gegners herbeigeführt wurde.

IV. In Beziehung zur Echtheit und Unverfälschtheit der Urkunde steht die Bestimmung des §. 115 (184) über die Heftung der Urkunde. Besteht nämlich eine Urkunde aus mehren Bogen, so sollen alle mit einem Faden zusammengeheftet, beide Enden mit hartem Siegelwachse festgemacht und das Petschaft des Ausstellers darauf gedruckt sein. Bei mangelhafter Heftung „verdient der Bogen, welcher hat unterschoben werden können, keinen Glauben"; alle Bedenken werden durch allseitige Unterfertigung jedes einzelnen Bogens vermieden.

V. Die für die formelle Glaubwürdigkeit der Urkunde entscheidenden Momente (Förmlichkeit, Echtheit, Unverfälschtheit und Unbedenklichkeit) können nur durch Einsicht des Originals festgestellt werden. Beweis liefert also nur die Urschrift. Die Urschrift wird nicht ersetzt:

1. durch ein instrumentum referens (referens sine relato nil probat). Eine Ausnahme gilt für amtliche Referate über Amtsakte, ferner dann, wenn die referirende Urkunde vom

---

[10]) Canstein: Lehrb. II. 365 nimmt an, daß die aus der Urkunde ersichtlichen Änderungen die Beweislast ändern, nämlich dem Produzenten Beweis auflegen, während sonst die Verfälschung vom Produkten zu beweisen sei. — So auch Schrutka-H. a. a. O., S. 77.

Digitized by Google

Probaten ausgestellt, und dabei die formelle Glaubwürdigkeit der bezogenen Urkunde anerkannt ist;

2. durch eine Kopie. Selbst archivalische, d. h. die vor jedem Anlaß zum vorliegenden Streit zur Vervollständigung eines öffentlichen oder Familienarchives angefertigten Abschriften ersetzen die Urschrift nicht. Eine Ausnahme wird anerkannt bei beglaubigten Kopien öffentlicher Urkunden, zumal die Echtheit der öffentlichen Urkunden bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen wird; eine Ausnahme gilt bei exemplifizirten Urkunden.

Nach den §§. 131, 132 (205, 206) soll eine Urkunde, welche unleserlich wird, über Ansuchen des Inhabers unter Zuziehung jener, wider welche sie zum Beweis dienen soll, gerichtlich erneuert, d. h. eine Abschrift vom Gerichte dahin bestätigt werden, daß sie künftig die Urschrift zu ersetzen habe.[11]) Der Vorgang hat gleiches Ziel, wie bei Zeugen die Abhörung zum ewigen Gedächtniß, daher sich die Kompetenz nach §. 35 J. N. regelt. Die gerichtliche Erneuerung erfolgt sofort, wenn von den Zugezogenen keine Einwendung erhoben wird; werden aber Einwendungen erhoben, so „wären diese vorläufig zu entscheiden". Die Einwendungen und die Entscheidung haben sich demnach nur auf die Frage der Erneuerung, also auf die Beschaffenheit der zu exemplifizirenden Urkunde, keineswegs auf die durch die Urkunde zu beweisenden Thatsachen zu beziehen,[12]) und ist die Erneuerung vorzunehmen, wenn die Urschrift fehlerlos erscheint,[13]) eventuell der ersichtliche Fehler auf die Kopie zu übertragen;

3. durch den Beweis über den Bestand und Inhalt einer nicht vorlegbaren Urkunde. Hat der Probant die Ur-

---

[11]) Canstein, a. a. O. 326 weist den Urkundenbesitzer an, die Erneuerung der Urkunde nöthigenfalls im Wege der Klage vom Gegner zu begehren, und meint, das Gericht habe nur im Weigerungsfalle die Urkunde selbst zu erneuern.

[12]) Eine Analogie der §§. 176–178 (248–250) ist ausgeschlossen.

[13]) Wetzell, 248.

Digitized by Google

kunde verloren, oder vermag er sich die Urkunde nicht zu verschaffen, so hat er deren Inhalt, d. h. die im Prozesse beweisbedürftige Thatsache[14]) durch andere Wege rechtlich zu erweisen, §. 130 (204). Wäre aber der Probant durch Verschulden des Gegners der Urkunde verlustig worden, so ist er zuzulassen, den Inhalt, also die beweisbedürftige Thatsache durch einen angebotenen Eid zu erhärten, wenn nicht der Probat diesem Eid durch Beweis des Widerspruches zuvorkommt. — Bei Abgang eines Verschuldens des Gegners an dem Verlust der Urkunde ist der Beweis der Errichtung und des Inhaltes der abhanden gekommenen Urkunde nur zuzulassen, wenn sie Erforderniß eines Rechtsaktes ist (s. §. 100).

§. 104.

Der Beweis der Echtheit und der Fälschung.

Behauptet der Probat die Unechtheit der Unterschrift einer Privaturkunde, so hat der Probant die Echtheit zu beweisen, wenn nicht dieser Beweis durch Legalisirung antizipirt erscheint.

Der Echtheitsbeweis kann geliefert werden:

1. durch Zeugen, welche zu bestätigen haben, daß die Urkunde von dem Aussteller ausgefertigt wurde, §. 117 (186). Verschieden von dieser probatio veritatis documenti per testes ist die recognitio documenti, d. i. die Aussage der Zeugen, daß sie die Handschrift des Ausstellers kennen und die vorliegende Schrift für echt oder nicht echt halten, ein Beweis, welchem in den Beweissätzen der G. O. keine Bedeutung beigelegt ist;

2. durch den Beweis des außergerichtlichen Geständnisses der Echtheit;

3. durch Auftragung des Eides, §§. 133, 134 (207, 208). Es bestand Streit, ob dieser Eid der gemeinrechtliche Diffessions-

[14]) Anders Nippel.

Digitized by Google

eid[1]) oder ein rückschiebbarer, vom Delaten mit dem Beisatz des Wissens und Erinnerns abzulegender Haupteid sei.[2]) Gelöst erscheint der Zweifel durch Hfd. v. 26. April 1842 Nr. 610; es bestimmt, daß der Richter die Frage, ob ein Haupteid irreferibel aufgetragen werden könne, nach der Beschaffenheit der Umstände zu entscheiden habe, und fügt bei, daß diese Vorschrift auch auf den über die Echtheit einer eigenen Handschrift, oder über die Echtheit der Handschrift eines Verstorbenen aufgetragenen Eid ihre Anwendung finde. Der Eid der §§. 133 und 134 ist also ein nach den Umständen unrückschiebbarer, und vom Delaten stets mit Beisatz zu leistender Haupteid;[3])

4. durch Vergleichung der Urkunde mit der bekannten Handschrift des Ausstellers (comparatio literarum).[4]) Zur Vergleichung hat der Probant Schriftstücke vorzulegen, welche unbestritten oder erwiesen von jenem herrühren, dessen Schrift streitig ist; befinden sich geeignete Vergleichungsstücke bei einem öffentlichen Amte, so genügt die Bezugnahme darauf mit dem Ersuchen, der Richter wolle die Urkunden zur Schriftenvergleichung erheben (Hfd. v. 2. Dezember 1825 Nr. 2150).[5]) Eine Verpflichtung des Probaten, zum Zwecke der Vergleichung ein Diktat bei Gericht zu schreiben, besteht nur im Bag.-V. §. 51.

---

[1]) Wetzell, 241. Es kann nach gemeinem Rechte der Probant den unrückschiebbaren Eid auftragen: daß Diffitent die bestrittene Urkunde weder selbst geschrieben oder unterschrieben habe, noch durch einen anderen für sich habe schreiben oder unterschreiben lassen. Ist der Diffitent nicht selbst der angebliche Aussteller der Urkunde, so hat er den bezeichneten Eid mit dem Beisatz des Nichtwissens und Nichtglaubens zu leisten.

[2]) Schwarz, in Wagners Zeitschr. 1836 II. 117.

[3]) Der §. 37 Summ.-V. greift zum Diffessionseid zurück.

[4]) Wetzell, 240.

[5]) Das bez. Hfd. macht im ordentlichen Prozesse (anders § 30 Summ.-V.) eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß die zur Entscheidung erforderlichen Urkunden von der Partei beizubringen sind, §. 12 und Hfd. vom 15. Jänner 1787 Nr. 621.

Digitized by Google

Über die Durchführung der Schriftenvergleichung fehlen erschöpfende Bestimmungen. Es erhellt aus den §§. 133—135 (207—209), daß die Vergleichung unter Vorlage der Vergleichungsstücke oder Bezugnahme auf den Erlag derselben bei einer öffentlichen Behörde vom Probanten in Antrag zu bringen, daß zu diesem Antrag noch nach dem Widerspruch der Echtheit Zeit sei, und daß der Richter das Ergebniß der Schriftenvergleichung frei zu würdigen habe, selbst wenn er Sachverständige einvernommen hat. Die Vernehmung von Sachverständigen veranlaßt der Richter ohne Parteiantrag (s. §. 114, I. c.),[6] wenn er ein fachkundiges Urtheil für die Begründung seiner Überzeugung nothwendig erachtet. Stellt die Partei den Antrag auf einen förmlichen Kunstverständigenbeweis, so hat der Richter, wenn er die Vernehmung von Fachmännern angemessen erachtet, darauf zu erkennen, doch ist dieses Verfahren eine durch die Sachlage nicht gerechtfertigte Weiterung, welche einen Anspruch auf den Ersatz der diesfälligen Mehrkosten nicht begründet;[7] auch ist das in diesem Wege erzielte Urtheil der Kunstverständigen für den Richter nicht bindend (vgl. §. 135 mit §. 200).[8]

Behauptet der Probat die Unechtheit einer öffentlichen Urkunde, so trifft ihn die Beweislast. Fälschungen und Verfälschungen der Urkunde werden regelmäßig vom Strafrichter festgestellt, doch ist auch diesfälliger Beweis im Zivilprozesse zugelassen.

---

[6] So die ältere Praxis, Pratobevera: Mater. 4, 141, welche in §. 48 Summ.-V. als die richtige anerkannt erscheint.

[7] Die Hofkommission in Justizsachen hat bei Berathung des Summ.-V. die Gewohnheit der Gerichte, immer auf den Kunstverständigenbeweis zu interloquiren, reprobirt, weil hierdurch der Sache oft nur geschadet, und den Parteien unnütze Kosten verursacht werden. Schenk: Summ.-V. 1864, S. 199.

[8] Schrutka-Heyßler, in Grünhuts Z. 18, 91.

Digitized by Google

§. 105.

Das Recht auf Beurkundung. Die Edition von Urkunden.

I. Wer wider Jemanden ein Recht hat, wenn es auch nur bedingnißweise wäre, — oder wer von wem immer eine Klage besorgt, wider welche ihm erhebliche Einwendungen zustehen, kann, wenn er über dieses Recht, über diese Einwendungen einen schriftlichen Beweis nicht in Händen hat, also nicht bloß, wenn Urkunde nicht gegeben wurde, sondern auch, wenn die gegebene Urkunde abhanden kam, die Ausstellung eines schriftlichen Beweisthums fordern, u. zw. mit Klage, in welcher die das Recht oder die Einwendung begründende Thatsache gerichtsordnungsmäßig bewiesen, und gestützt auf die §§. 176—178 (248—250) gebeten wird, den Beklagten schuldig zu erkennen, daß er eine Urkunde bestimmten Inhaltes in bestimmter Form ausfertige bei Vermeidung der Exekution nach §. 310 (410). Die Kosten der Ausfertigung der Urkunde trägt der Kläger, sofern er sein Begehren nur auf die Bestimmung der G. O. stützt, also eine zivilrechtliche Verpflichtung des Beklagten zur Ausstellung der Urkunde (§. 1426 b. G. B.) nicht geltend macht. Es empfiehlt sich an Stelle der Klage auf Urkunde eine Klage auf Rechtsfeststellung.[1])

II. Eine öffentliche Pflicht zur Herausgabe von Urkunden, weil sie eine Partei für den Prozeß braucht, — wie sie im gemeinen Rechte, wenn auch im beschränkten Umfange und nicht unbestritten angenommen wird,[2]) in Partikularrechten nach Analogie der allgemeinen Zeugnißpflicht anerkannt wurde,[3]) und für den Strafprozeß allenthalben festgestellt ist,[4]) kennt das Zivilprozeßrecht nicht;[5]) doch darf aus §. 242 (318) die Verpflichtung

[1]) So auch Nippel.

[2]) Schmid: Handbuch II. 281; Linde: Lehrb. §. 279 Note 13; dagegen Bayer: Vorträge 955; Wetzell, 249.

[3]) Allg. Pr. G. O. Theil I. Titel 10 §. 89 f.

[4]) Österr. Straf-P. O. §. 143.

[5]) Vergl. aber §. 38 Bag.-V.

Digitized by Google

beider Streittheile zur Vorlegung der Handakten gefolgert werden, um in Verlust gerathene Gerichts- oder Parteiakten wiederherzustellen.

Die Herausgabe einer Urkunde kann nur jener fordern, welcher diese Forderung zivilrechtlich zu begründen vermag. Es hat ein Recht auf Herausgabe der Urkunde derjenige, welchem Eigenthum oder Miteigenthum an der Urkunde zukommt (§. 844 b. G. B., ar. 145 H. G. B.), welcher zum Besitzer der Urkunde und mit Bezug auf dieselbe in einem Obligationsverbande steht (Sozietät, Mandat), und jener, für welchen die Urkunde als eine gemeinschaftliche erscheint. Als eine gemeinschaftliche Urkunde gilt jene, welche im Interesse mehrer Theile errichtet wurde, oder die gegenseitigen Rechtsverhältnisse derselben beurkundet. Dieser zivilrechtliche Anspruch ist mit Klage bei dem nach den Verhältnissen zuständigen Richter geltend zu machen; für den Rechtsstreit sind die Beweise der G. O. entscheidend; einen besonderen Editionseid kennt das Gesetz nicht.[6]) Der Editionsstreit hemmt den Prozeß, in welchem die Urkunde gebraucht werden will, nicht.

Verschieden von dieser Verpflichtung zur Herausgabe einer Urkunde ist die Pflicht öffentlicher Behörden zu wiederholter Beurkundung, insbesondere der Notare zur Erfolgung von Ausfertigungen (§§. 49, 97 Not. O.), der Mäkler zur Ausfertigung beglaubigter Auszüge aus dem Tagebuch (ar. 74 H. G. B.), die Verpflichtung der Behörden zur Ausfolgung von Zeugnissen über aktenmäßige Thatsachen. Bei Verweigerung der Pflicht schaffen die Aufsichtsorgane Abhilfe.

III. Nach ar. 37 H. G. B. kann der Richter auf Antrag der Partei die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei anordnen.[7]) Es hat also nicht die Partei ein Recht

[6]) Anders im Bag.-B. §. 38.

[7]) Randa: Obchodní právo 98. — Behrend: Handelsrecht, 1. S. 301. Nte. 57.

Digitized by Google

auf die Vorlegung der Bücher; nur der Richter ist befugt, die Vorlegung zu verordnen, damit er sich durch Einsicht der Bücher Aufklärung schaffe. Nach der Verhandlungsmaxime ist die Verordnung des Richters von einem darauf abzielenden Antrag der Partei bedingt.[8])

Zum Antrag berechtigt ist die Partei, gleichviel ob sie Kaufmann ist oder nicht;[9]) der Antrag ist nur zulässig in Streitsachen, welche Handelssachen betreffen,[10]) und nur im Laufe des Prozesses, nicht vorher zur Begründung einer Klage und nicht nachher zur Ermittlung von Exekutionsobjekten; der Antrag ist da zu stellen, wo die Partei die Behauptung vorbringt, welche durch des Gegners Bücher aufgeklärt werden soll (§. 12).[11])

Den Auftrag auf Vorlegung der Bücher kann der Richter erst erlassen, nachdem die durch sie festzustellende Behauptung als streitig und relevant erkannt ist und festgestellt erscheint, daß dem beweispflichtigen Antragsteller keine Nachlässigkeit hinsichtlich der Beschaffung anderer Beweismittel zur Last fällt, die Bücher des Gegners bei ordnungsmäßiger Führung über die Behauptung Aufschluß enthalten müssen und der Vorlegung kein beachtenswerthes Hinderniß entgegensteht. Die Verordnung auf Vorlegung der Bücher fällt demnach dem Erkenntnißrichter zu und kann, abgesehen vom Bagatellverfahren, erst nach Schluß der Instructionsverhandlung ergehen. Die Anordnung der Vorlegung erfolgt mit Bescheid, welcher die Verhandlung zu ergänzen bestimmt ist.[12])

---

[8]) Anders freilich nach ar. 79 H. G. B; — anders auch in Folge der freien Beweiswürdigung nach der Z. P. O. für das deut. Reich, §§. 391, 392, 409.

[9]) Ger. H. 1866, S. 354 und Jur. Bl. 1876, S. 241.

[10]) Adler Clemens: Sammlung von Entscheidungen zum Handels-G. B. 44, 246, 314, 656, 760, 771.

[11]) Adler Clemens, 736.

[12]) Ullmann, in den Mittheilungen des deut. Jur.-V. 1884, S. 162.

Digitized by Google

Zur Vorlegung kann verhalten werden die Gegenpartei,[13]) auch wenn sie sich auf ihre Bücher nicht beruft,[14]) u. zw. der Kaufmann vollen Rechtes und auch der Kaufmann minderen Rechtes.[15]) Die Verpflichtung besteht auch nach der Löschung der Firma im Register;[16]) sie besteht in Betreff aller Bücher, welche der Kaufmann führt, wenn sie sich nur auf das Handelsgewerbe beziehen;[17]) sie erstreckt sich aber nur auf die Bücher (einschließlich Briefkopierbuch), nicht auf die gesammelte Korrespondenz.[18]) Bestreitet der Kaufmann mit Erfolg den Bestand der Bücher, so entfällt dieses Mittel der Aufklärung der Streitsache, gleichviel ob er die Bücher überhaupt nicht, wenn auch pflichtwidrig nicht geführt, und ob er die Bücher vorzeitig vernichtet, und selbst, wenn er sie dolos, d. h. mit Rücksicht auf den vorliegenden Streit vernichtet hat.[19]) Bei dem Antrag auf Vorlegung jener Bücher, welche der Kaufmann führen soll, bedarf es für die im ar. 33 H. G. B. festgesetzte Zeit keines Beweises über den Bestand der Bücher; solcher Beweis ist demnach nur nothwendig, wenn die Bücher, deren Vorlegung verlangt wird, nicht geführt werden müssen, oder wenn die gesetzliche Verwahrungs-

---

[13]) Nach der Ent. in den Jur. Bl. 1876, S. 227 auch der Vertretungsleister, weil er des Beweises wegen intervenirt; doch paßt auf diesen das Präjudiz des ar. 37 des H. G. B. nicht.

[14]) Ent. v. 16. Juli 1872, Sp. R. 3.

[15]) Randa, a. a. O. 100. Vergl. aber Goldschmid: Handbuch des Handelsrechtes §. 46 Note 30.

[16]) Ent. in den Jur. Bl. 1876, S. 240.

[17]) Ent. des Reichs-O. H. G. II. 126.

[18]) Behrend: Handelsrecht, 1. S. 303 behauptet auch die Verpflichtung zur Vorlegung der Korrespondenz; — Randa a. a. O. S. 99 Note 49 behauptet die Verpflichtung zur Vorlegung aller in den ar. 28 bis 30 H. G. B. angeführten Schriften. Vergl. Ladenburg in Busch, Archiv 39, 89.

[19]) Anders Randa 99 f.

Digitized by Google

zeit verstrichen ist. Der Ablauf dieser Zeit befreit von der Verpflichtung zur Vorlegung der Bücher nicht.[20])

Bei dem Antrag auf Vorlegung ist die Behauptung, welche durch die Bücher der Gegenpartei festgestellt werden soll, genau zu bezeichnen.[21]) Ein Antrag, der lediglich die Feststellung unregelmäßiger Buchführung bezielt, ist unzulässig.[22]) Das vorzulegende Buch ist nach den Regeln der Buchführung zu bezeichnen. Dem die Vorlegung Verweigernden gegenüber ist der behauptete Inhalt, d. h. die Behauptung, welche durch die Bücher festgestellt werden wollte, als erwiesen anzunehmen.

Verschieden von dieser im ar. 37 H. G. B. statuirten Pflicht zur Vorlegung einzelner Handelsbücher ist die im ar. 40 H. G. B. anerkannte Verpflichtung zur Mittheilung der Handelsbücher zur Kenntnißnahme des vollen Inhaltes. Diese Verpflichtung zur Mittheilung besteht: a) im Konkurse in Folge der hierdurch geschaffenen Sachlage, §§. 87, 195 Kon. O.; b) in Erbschafts- und Gütergemeinschaftsangelegenheiten, sowie in Gesellschaftstheilungssachen. In solchen Fällen erscheinen die kaufmännischen Aufzeichnungen der ar. 28 bis 30 H. G. B. als gemeinschaftliche Urkunden, deren Mittheilung der Richter über Gesuch nach Einvernehmung des Gegners,[23]) und wenn das Verhältniß, auf welches sich der Antrag auf Mittheilung gründet, streitig ist, über Klage anordnet.

Die Verpflichtung des Mäklers zur Vorlegung des Tagebuches, sobald und so oft es der Richter verlangt (§. 79 H. G. B.), folgt aus der Amtsstellung.

---

[20]) Anders Brix: Kommentar; — Canstein: Lehrbuch 2. 323. — Vergl. Ullmann, in den Mittheil. des deut. Jur. V. 1883, S. 43.

[21]) Ent. v. 16. Juli 1872, Sp. R. 3. — Adler-Clemens: 208 280, 282, 352, 384, 550, 593, 633, 672, 703.

[22]) Adler-Clemens: 325, 399, 519.

[23]) Adler-Clemens: 576.

Digitized by Google

§. 106.

Die Beweisführung mit brieflichen Urkunden.

I. Anzubieten ist der Urkundenbeweis bei Aufstellung der im Widerspruchsfalle beweisbedürftigen Behauptung durch Bezugnahme auf die Urkunde und Mittheilung derselben an den Gegner. Die Mittheilung erfolgt im schriftlichen Verfahren und bei schriftlicher Klage im mündlichen Verfahren durch Einlegung der Urkunde in die dem Gegner zuzustellende Schrift (Hfd. v. 6. Okt. 1873 Nr. 197), bei dem protokollarischen Verfahren durch Legung der Urkunde zum Verhandlungsprotokoll; doch sind bei dem protokollarischen Verfahren die in der Verhandlungstagsatzung vorzulegenden Urkunden vom Kläger rechtzeitig vor der über die Klage angeordneten Tagsatzung, von dem Beklagten in der Hälfte der Frist zur Tagsatzung, §. 25 (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620),[1]) dem Gegner gerichtlich oder außergerichtlich mitzutheilen (Ref. v. 11. Sept. 1784 Nr. 335), damit dieser die Antwort vorzubereiten in die Lage komme. Wird durch Versäumung der rechtzeitigen Mittheilung der Urkunde die Verhandlungstagsatzung vereitelt, so hat die säumige Partei dem Gegner über Antrag die Kosten dieser Tagsatzung abgesondert zu vergüten. Die Verpflichtung zur Vorlegung und Mittheilung gilt auch für jene Urkunden, welche sich in den Händen des Gegners oder bei Gericht befinden (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621); eine Ausnahme gilt nur für die bei einer öffentlichen Behörde erliegenden Vergleichungsstücke (Hfd. v. 2. Dez. 1825 Nr. 2150).[2]) Ein Antrag genügt, um den Richter zur Anordnung der Vorlage der Handelsbücher nach ar. 37 H. G. B. und der Mäklerjournale zu veranlassen. Der buchführende Kaufmann erbietet sich zum

[1]) Nach §. 23 g. G. O. haben sich die Parteien ihre Behelfe wenigstens drei Tage vor der Tagsatzung mitzutheilen.

[2]) Die Ausnahme gilt allgemein in den summarischen Prozessen.

Digitized by Google

Beweise durch seine Handelsbücher durch Anschluß bez. Mittheilung eines Buchauszuges.

Legitimationsurkunden sind dem Richter in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorzulegen. Zur Mittheilung an den Gegner genügt eine einfache Abschrift der Urkunden, denn ihm ist vorbehalten, die Vorlegung der Urschriften zur Einsicht zu verlangen. Die Urkunden sind im vollen Inhalt mitzutheilen; enthält aber die Urkunde (ein Buch) verschiedene Theile, deren Erfassung und Würdigung von einander völlig unabhängig ist, so genügt die Mittheilung der ganzen Stelle, welche den Streit betrifft, §. 122 (192). Dem Kaufmann, welcher mit seinen Büchern Beweis führt, ist vorbehalten die Erwirkung der Beglaubigung des vorzulegenden Auszuges und die Beischließung eines Zertifikates, mit welchem das Handels- bez. das Bezirksgericht des Ortes, wo die Bücher geführt werden, die ordnungsmäßige Buchführung bestätigt.

II. Der Produkt kann die Vorlegung der Urschrift verlangen (Inspektion, Rekognoszirung der Originalien), um sich von dem Bestand einer Urschrift, von dem die Glaubwürdigkeit der Urkunde bedingenden Zustand derselben, und von der Treue der Abschrift zu überzeugen.

Die Einsicht der Originalien erfolgt im mündlichen Verfahren bei der zur Verhandlung der Streitsache angeordneten Tagsatzung (Hfd. v. 5. April 1791 Nr. 135). Verlangt der Produkt die Vorlegung der Urschrift erst bei der Tagsatzung, so muß dem Produzenten, wenn er dazu nicht vorbereitet ist, eine neuerliche Tagsatzung zur Vorlegung der Urschrift bewilligt werden; es trifft ihn also der Nachtheil der Nichtvorlegung der Urschrift (Verlust des Urkundenbeweises) erst in der neuen Tagsatzung, in der ersten Tagsatzung nur, wenn vorher schon die Vorlegung verlangt wurde (Hfkzld. v. 24. Juli 1801 Nr. 533).

Im schriftlichen Verfahren kann der Produkt außergerichtliche Einsicht der Originalien verlangen binnen der Hälfte der ihm zur Erstattung der Antwort anberaumten Frist, §. 123

Digitized by Google

(193); Fristverlängerung erweitert die Frist zur Inspektion nicht (Hfd. v. 16. Mai 1788 Nr. 829). Wird die außergerichtliche Einsicht verweigert, oder werden bei derselben die Urschriften bedenklich gefunden, so hat, auch wenn der Produzent die Versiegelung der Urkunden gestattet hat, der Produkt binnen drei Tagen nach Verstreichung der Hälfte der ihm zur Erstattung der Antwort anberaumten Frist die gerichtliche Inspektion anzusuchen, §§. 124, 125 (195, 196). Es ist jedoch das Recht, die Einsicht der Originalien gerichtlich zu verlangen, auch demjenigen binnen der „gesetzmäßig bestimmten Frist", d. h. binnen der Hälfte der anberaumten Frist[3]) nicht benommen, welcher die außergerichtliche Einsicht derselben nicht verlangt hat (Hfd. v. 16. Mai 1788 Nr. 829). Über das Gesuch um gerichtliche Einsicht ist Tagsatzung anzuordnen. Die gerichtliche Rekognoszirung berechtigt nicht zu einer Sistirung des Verfahrens in der Streitsache selbst.[4])

Wenn der Produkt die Einsicht der Urschriften überhaupt nicht, oder nicht rechtzeitig, oder bei den eben genannten Voraussetzungen (§. 125) nach der außergerichtlichen nicht noch die gerichtliche Einsicht ansucht, oder wenn er bei der vom Gericht angeordneten Tagsatzung einseitig ausbleibt, so sind die Originalien für unbedenklich, §§. 123, 125, 126 (193, 196, 197), die Abschriften für getreu zu halten. „Die Einwendungen gegen das Innerliche und den Kontext der Urkunde, also auch die Einwendung, daß die ganze Urkunde ein falsum sei" (Hfd. v. 5. Okt. 1792 Nr. 57), und die Einwendung des Mangels der gesetzlichen Förmlichkeiten bleiben dem Probaten vorbehalten.

Bleibt der Produzent bei der Inspektionstagsatzung einseitig aus, oder legt er das Original nicht vor, so darf die Urkunde

[3]) Haimerl, in Wag. Zeitschr. 1834 I. 329, 1835 I. 336; dagegen Jos. Wessely, ebenda 1834, II. 255; Schrutka-Heyßler, in Grünhuts Z. 13, S. 98: „die gesetzmäßig bestimmte Frist beträgt drei Tage über die Hälfte der gesetzlichen Frist zur nächsten Prozeßschrift.

[4]) Ent. v. 11. Sept. 1884, Sp. R. 116.

Digitized by Google

bei der Inrotulirung nicht eingelegt, und bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden, §. 126 (197). Bleiben beide Streittheile aus, so ist Reassumirung der Tagsatzung vorbehalten; erscheinen beide Theile, so kann die Tagsatzung einverständlich, oder über begründetes Ansuchen des Produzenten erstreckt, oder die Einsicht vorgenommen werden. Der Produkt kann sich bei der Einsicht darauf beschränken, die Originalien für bedenklich zu erklären, und die Angabe der Bedenken der Streitschrift vorbehalten (Hfd. v. 5. Mai 1826); er kann aber auch die gerichtliche Versiegelung und Verwahrung der bedenklichen Urschriften verlangen; diesem Ansuchen ist sofort stattzugeben, und über den Einspruch des Produzenten nach gepflogener Verhandlung, die sich nur auf die gerichtliche Verwahrung der Urkunden beziehen soll, mit Urtheil[5]) zu erkennen, ob die weitere gerichtliche Aufbewahrung statt habe, §. 128 (Hfd. v. 13. Jänner 1794 Nr. 145). Außer diesem Fall wird die Inspektionstagsatzung mit Bescheid (in dorso der zurückbehaltenen Ladung) erledigt (Hfd. v. 2. März 1796 Nr. 283), in welchem das einseitige Ausbleiben einer Partei, oder der Umstand, welche der Urschriften für bedenklich erklärt, oder ohne Opposition versiegelt wurden, festgestellt wird. Da der Richter den Einfluß der Bedenken auf die Beweiskraft der Urkunde zu würdigen hat, sind bedenklich erklärte Urschriften bei der Akteninrotulirung einzulegen, widrigens aber die gerügten Bedenken als vorhanden anzunehmen, §. 129 (200).

III. Abweichend gestaltet sich die Einsicht der Handelsbücher und der ihnen gleichgestellten Bücher der Genossenschaften und Kreditinstitute, und des Tagebuches des Mäklers.[6]) Soweit der Richter über Antrag, bez. von Amtswegen die Vorlegung zu

[5]) Nach §. 199 g. G. O. mit Bescheid, ebenso nach dem nicht in die J. G. S. aufgenommene Hfd. v. 9. Juli 1792 an das mähr. Appellationsgericht.

[6]) Rosenblatt: Beitrag zur Lehre von der Vorlage der Handelsbücher, Ger. Z. 1878: 3, 4.

Digitized by Google

verordnen findet, erfolgt die Anordnung der Vorlegung nach Schluß des Instruktionsverfahrens mit einem die Ergänzung der Verhandlung veranlassenden Bescheid (s. §. 105). Verlangt der Probat die Einsicht der Urschrift auf Grund der mitgetheilten Abschrift, so ist das Begehren wie bei anderen Urkunden rechtzeitig zu stellen; die Mittheilung einer beglaubigten Abschrift des Buchauszuges und eines Zertifikates über die ordnungsmäßige Buchführung schließt die Berechtigung des Probaten, die Einsicht des Buches zu verlangen, nicht aus.[7]) Die Bücher werden nicht inrotulirt, und sind nur bei dem Gerichte des Ortes, wo sie geführt werden, u. zw. wenn sich in dem Orte ein Handelsgericht (Senat) befindet, bei diesem, anderorts bei dem Bezirksgerichte vorzulegen, daher eventuell der Prozeßrichter das bezeichnete Gericht um Vornahme der Einsicht ersucht (§. 91 Jur. N.). Der Richter inspizirt die den Rechtsstreit betreffende Stelle unter Mitwirkung des über Ladung erschienenen Produkten, um den vom Probanten beigebrachten Auszug mit dem Buche zu vergleichen und wenn nöthig richtigzustellen, im Falle des ar. 37 H. G. B. aber, um einen Auszug anzufertigen. Der Richter hat weiter ohne Beiziehung des Gegners, wohl aber wenn erforderlich unter Zuziehung von Sachverständigen den Inhalt der Bücher einzusehen, um die gesetzmäßige Beschaffenheit derselben zu erheben. Die Einsicht und Prüfung der Bücher entfällt, wenn dem Buchauszug gesetzlich voller Glauben beigelegt ist. Die Bücher sind wie andere Beweisurkunden zu behandeln in Rechtssachen, für welche der volle Inhalt entscheidend ist (ar. 40 H. G. B.), sobald sie nicht weiter geführt werden.

IV. Die Einsicht der Urschrift dient dem Produkten zur Vorbereitung der Antwort auf den angebotenen Urkundenbeweis; er hat in der, der Anbietung folgenden Rede: 1. die Echtheit bestimmt zu bestreiten, widrigens sie als zugestanden angenommen wird,

[7]) Ent. v. 12. Dezember 1883, Spruchp. 1. 113.

Digitized by Google

§. 11; 2. über die etwaige Verfälschung und Bedenklichkeit sich zu erklären; 3. seine Einwendungen aus der Person des Ausstellers, aus dem Vorgang bei der Ausstellung und Übergabe, aus dem Inhalt der Urkunde und den Förmlichkeiten vorzubringen.

Da die Urkunde im Instruktionsverfahren mitgetheilt, und bei der Inrotulirung dem Richter vorgelegt wird, ist der Richter, soweit Urkundenbeweis allein in Frage kommt, und nicht ein Beweis der Echtheit oder Fälschung durch Beiurtheil zuzulassen ist, sofort nach Abschluß des Instruktionsverfahrens in der Lage, die Endentscheidung zu fällen.

III. Der Beweis durch Zeugen.*)

§. 107.

Begriff. Verwendbarkeit. Zeugnißpflicht.

Zeugen sind die am Prozesse unbetheiligten Personen, welche über die Wahrnehmung einer für die Entscheidung erheblichen Thatsache unter Wahrheitspflicht bei Gericht Auskunft geben sollen. Die Auskunft kann sich beziehen auf die im Prozeß beweisbedürftige Thatsache, auf ein Indiz dafür, oder auf eine darauf bezügliche Aussage. Gleichgiltig ist, ob der Zeuge die zu bestätigende Thatsache zufällig, oder als Geschäftszeuge wahrgenommen hat, also der rechtlichen Handlung freiwillig, etwa über Ladung (testis rogatus), als Solennitäts- oder Urkundszeuge beiwohnte,[1]) — ob die Wahrnehmung Fachkenntnisse erfordert (sachverständige Zeugen), weil nur die vom Richter zur Wahrnehmung und Beurtheilung Aufgebotenen Kunstverständige im Sinne des 17. Kap. der G. O.

*) Wetzell 206. — Endemann: Beweislehre 1860. — Groß: Beweistheorie. — Glaser im Gerichtssaal 33, 1. — Derf.: Strafprozeß I 458. — Schrutka: Zeugnißpflicht 1879. — Haimerl, im Mag. 10, 1. — Helm, ebenda 15, 81. — Helm, in Haimerls Viertelj. 12, 153. — Schrutka-Heyßler, in Grünhuts Z. 12, 69.

1) Vergl. indeß §. 140 b (215) G. O.

Digitized by Google

sind, — und ob die Wahrnehmung im Amte gemacht wurde, weil nur die amtliche Beurkundung amtlicher Wahrnehmung ausgezeichnet ist.

Der Zeugenbeweis gilt als **remedium amplissimum et latissimum probandi**, ist also ohne Rücksicht auf den Betrag und die Beschaffenheit der Streitsache zugelassen,[2]) und nur ausgeschlossen, wo das Gesetz einen besonderen Urkundenbeweis fordert, (s. §. 101).

Jedermann ist schuldig, über den von der Prozeßpartei veranlaßten Aufruf des Richters in Streitsachen Zeugenschaft zu leisten. Verweigerung des Erscheinens, des Eides, der Aussage veranlaßt amtlichen Zwang (§§. 160, 161 [232, 233], G. O., §. 192 Gr. J., J. M. Erl. vom 19. November 1850 Z. 10972) und berechtigt die Partei zur Ersatzklage.[3]) Der Zeuge hat keinen Anspruch auf Entlohnung; ihm gebührt, wenn er zu den „Arbeitsleuten" gehört und sich im Gerichtsorte aufhält, eine Vergütung für Zeitversäumniß; jedem Zeugen, welcher sich anderorts aufhält, gebühren „mäßige Taggelder" und die Vergütung der Fahrgelegenheit, wenn sie der Stand oder die Leibesbeschaffenheit fordert, §. 167 (239). Erleichterungen und Begünstigungen gelten bezüglich des Erscheinens bei Gericht, und bezüglich des Eides. Eine Berechtigung, Antwort zu verweigern, ist anerkannt im Bag.-V. §. 42, im anderen Streitverfahren nur, wenn eine Amtspflicht zur Verschwiegenheit besteht.[4])

Über die Zulässigkeit der Zeugen und die Beweiskraft der Aussage gibt das Gesetz bindende Regeln.[5])

[2]) Anders nach dem Code civil §. 1341.

[3]) Schrutka: Zeugnißpflicht 255.

[4]) Canstein: Lehrb. II. 313 will das im Strafprozeß §. 152 und im Bag.-V. anerkannte Exkusationsrecht im Prozesse schlechthin zur Geltung gebracht wissen.

[5]) Canstein a. a. O. 396 anerkennt nur zwei Beweisregeln; der Zeugenbeweis erfordert das übereinstimmende Zeugniß von wenigstens zwei Zeugen, — durch relativ verwerfliche und vom Gegner verworfene Zeugen kann niemals ein voller Beweis hergestellt werden.

Digitized by Google

§. 108.

Die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen.

Die G. O. fordert von den Zeugen keine besondere rechtliche Qualität, sondern nur eine die Glaubwürdigkeit sichernde moralische und intellektuelle Eignung; — sie überläßt es den Parteien, jene Umstände, von welchen gesetzlich die Glaubwürdigkeit bedingt erscheint, geltend zu machen, bezeichnet daher die Zeugen als über Einwendung des Gegners verwerfliche und bedenkliche Zeugen. Zeugen, gegen welche der Gegner keine gesetzlich begründete Einwendung erhebt, erscheinen demnach als zulässig und glaubwürdig. Es darf daraus wohl gefolgert werden, daß die Parteien auch auf die Beeidigung der Zeugen verzichten können (vergl. §. 214 g. G. O.). Doch ist der Zeugenbeweis nicht lediglich Vertrauenssache der Parteien;[1]) es ist dem Richter verboten, Zeugen, deren Aussage mit öffentlichen Interessen kollidirt, zuzulassen; es ist ihm geboten, nach gewissen, die Glaubwürdigkeit der Aussage bestimmenden Momenten von Amtswegen zu forschen und das Ergebniß dieser Forschung von Amtswegen zu berücksichtigen, §§. 152—154 (224—226), daher nicht gestattet, was ohne Einwendung des Gegners gegen den Zeugen aktenmäßig festgestellt ist und die Glaubwürdigkeit zu mindern geeignet erscheint, unberücksichtigt zu lassen; der Richter darf auch keine Amtshandlung vornehmen, welche das Gesetz ausschließt, oder deren Erfolglosigkeit unzweifelhaft ist, also nicht Personen als Zeugen in Eid nehmen, welche nicht eidesfähig sind, nicht Personen abhören, von welchen keine, oder nur eine absolut werthlose Aussage zu erwarten ist.

Nach dem geltenden Rechte erscheinen bestimmte Personen vom Zeugniß gesetzlich ausgeschlossen, oder über Einwendung des Gegners verwerflich, oder bedenklich.

---

[1]) Solches ist behauptet in G. U. 2899, 3278.

Digitized by Google

Von Amtswegen hat der Richter vom Zeugniß auszuschließen Gerichtspersonen (Hfd. v. 8. März 1791 Nr. 123) und Staatsbeamte überhaupt (Hfkd. v. 29. November 1808 Z. 38048), wenn sie durch ihre Aussage das ihnen obliegende Amtsgeheimniß verletzen würden, insofern sie dieser Pflicht nicht von der vorgesetzten Behörde entbunden sind. In gleicher Weise sind als ausgeschlossen zu erachten Geistliche in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte, oder unter dem Siegel geistlicher Amtsverschwiegenheit anvertraut wurde (§. 151 Straf-P. O.). Dagegen erklärt Hfd. v. 23. April 1813 Nr. 1040 Ärzte und Hebammen als zeugnißpflichtig, weil es nicht angehe, durch Ausschließung derselben den Parteien erhebliche Zeugnisse zu nehmen. Für Advokaten folgt aus §. 9 der Adv. O. keineswegs die Berechtigung, Zeugniß über eigene Wahrnehmung zu verweigern.[2])

Die nach der G. O. minder glaubwürdigen Zeugen sind getheilt in verwerfliche und bedenkliche. Die verwerflichen Zeugen sind, sobald sie der Probat im Instruktionsverfahren verworfen hat, im Allgemeinen zum Zeugnisse nicht zuzulassen; die bedenklichen Zeugen sind zum Zeugnisse zuzulassen, und ist dem Richter überlassen, den Einfluß der geltend gemachten Bedenken auf die Beweiskraft der Aussage zu ermessen, §. 144 (219).

Es sind verwerflich, u. zw.:

1. absolut, d. h. in jedem Rechtsstreite

a) jene, welche zu Folge ihrer Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit die unzweifelhafte Wahrheit nicht können erfahren haben (Wahrnehmungsunfähige, d. s. infantes, Irre, in gewisser Richtung Taube und Blinde), und jene, welche aus gleichem Grund die unzweifelhafte Wahrheit nicht können an den Tag legen (Aussageunfähige, d. s. jene, welchen das Vermögen fehlt, die Wahrnehmung in Erinnerung zu behalten, sich darüber mit Bewußt-

[2]) Vergl. Haimerl, im Mag. 10, 17 gegen Pratobevera: Mater. 7, 234 und Nippel: I. 404. Ent. v. 14. Juli 1885, Ger. Z. 1885: 67.

Digitized by Google

sein und Verständlichkeit auszusprechen); genannt sind als solche Kinder unter vierzehn Jahren, §. 140 (214). Nach dem Wortlaute des Gesetzes wären die genannten Personen zum Eide und zum Zeugnisse zuzulassen, wenn sie der Probat nicht verworfen hat:[3]) da aber die Eidesfähigkeit, und die physische und intellektuelle Eignung zur Zeugenschaft kein Gegenstand der Parteidisposition ist, so kann in dieser Weise nur das Zeugniß Unmündiger erheblich werden, wenn die Parteien zugleich auf die Beeidigung verzichten, weil das Hfd. v. 31. August 1798 Nr. 430 den Eid der Unmündigen ausschließt;

b) alle, welche eines Verbrechens, so aus Betrug oder aus Gewinnsucht entstanden ist, schuldig erkannt worden sind,[4]) ausgenommen jene Handlungen, zu denen sie als Zeugen gebraucht worden (Geschäftszeugen), bevor sie in die Untersuchung verfallen sind, §. 140 (215). Die Verwerflichkeit entfällt, wenn die Rechtsfolgen der Verurtheilung durch Ablauf der im G. v. 15. Nov. 1867 R. 131 bestimmten Zeit erloschen sind;[5])

2. relativ, d. h. in einem bestimmten Rechtsstreite, weil und insofern sie an dem Ausgang desselben betheiligt erscheinen, §. 141 (216)

a) alle Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie, u. zw. wohl auch die unehelichen Blutsverwandten;[6])

b) Mann und Frau, wohl auch nach der Scheidung, nicht aber nach erfolgter Ehetrennung.[7]) In beiden Fällen besteht die Verwerflichkeit nur, wenn der Zeuge mit dem Probanten in der

[3]) Nach § 214 g. G. O., wenn der Probat ausdrücklich in die Zulassung zum Zeugeneide einwilligt.

[4]) Der Zusatz, landgerichtliches Verbrechen §. 140 a. G. O. (Kriminalverbrechen §. 215 g. G. O.) ist nun bedeutungslos.

[5]) Anders der Besch. v. 9. Juni 1874, J. B. 89. Dagegen D. Ullmann in den Mit. d. deut. Jur. V. 1883, 144.

[6]) Haimerl, in Wagners Zeitschr. 1844, II. 1 gegen den Jurist X. 358. Ent. v. 26. Juni 1883, Ger. H. 1884: 10.

[7]) Anders Canstein: Lehrb. II. 389.

Digitized by Google

bezeichneten Weise verbunden ist. Gleiche Verwandtschaft zum Probanten und Probaten behebt die Verwerflichkeit nicht,[8]) weil die Beziehungen zum Probanten und Probaten auch bei gleicher Verwandtschaft verschieden sein können;

c) jene, welche in der nämlichen Sache dem Zeugenführer als Rechtsfreunde bestellt waren, oder noch sind. Die Verwerflichkeit gründet sich in dem Interesse an dem Ausgang des Streites, besteht also auch bezüglich jener Umstände, welche der Rechtsfreund nicht als Vertrauensmann der Partei erfahren hat.[9]) Der Advokat des Probaten kann als Zeuge nicht verworfen werden (Hfd. v. 24. November 1785 Nr. 497);

d) jene, welche aus dem Prozesse einen unmittelbaren oder mittelbaren Nutzen oder Schaden zu erwarten haben, d. s. Streitparteien, Eviktions- und Entschädigungspflichtige, unter Umständen Sozietäts- und Korporationsmitglieder,[10]) jene, welche das Parteiinteresse zu ihrem Interesse gestaltet haben durch Geschenkannahme in Bezug auf die Aussage, §. 152 (224), durch erhebliche Wette über den Ausgang des Streites, durch Verbürgung für den Erfolg des Prozesses.[11])

Bedenklich, aber nicht verwerflich sind:

1. absolut, d. h. in jedem Rechtsstreit ohne Rücksicht auf den Probanten und Probaten

a) jene, die das zwanzigste Jahr ihres Alters noch nicht zurückgelegt haben:

---

[8]) Anders G. U. 2990.

[9]) Anders der Exkusationsfall des §. 152 Straf-P. O.

[10]) Die Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrathes einer Genossenschaft G. U. 6609.

[11]) Der Vertretungsleister kann, selbst wenn er nach §. 59 (50) die Prozeßführung übernommen hat, von dem Gegner des Interventen als Zeuge geführt werden, denn er ist nicht Partei. Es gilt der Vertretungsleister auch nicht als relativ verwerflicher Zeuge, G. U. 2333, 3986, 5336, Jur. Vierteljahresschrift, 1885 S. 34, — doch wohl nur, wenn der Ausgang des Prozesses ihm nicht Nutzen oder Schaden schafft.

Digitized by Google

b) jene, die zwar zwanzig Jahre alt sind, jedoch über jenes aussagen sollen, was sich ereignet hat, bevor sie dieses Alter erreicht hatten;

c) jene, welche eines Verbrechens, das nicht aus Betrug oder Gewinnsucht entstanden, schuldig erkannt worden sind:

2. relativ, d. h. mit Rücksicht auf ihr Verhältniß zum Probanten oder Probaten

a) die Blutsverwandten des Probanten in der Seitenlinie bis einschließlich Geschwisterkinder;

b) jene, die ihm im nämlichen Grade verschwägert sind;

c) ein Dienstbot für seinen Dienstherrn oder seine Dienstfrau, so lange er in Diensten ist;[12])

d) jene, welche mit dem Gegentheile in großer Feindschaft leben.

Die Bedenklichkeit des §. 142 (217) d (ein Jude für einen Juden wider einen Christen) ist durch V. vom 6. Jänner 1860 R. 9, jene des §. 143 (218) durch die Beseitigung strafgerichtlicher Freisprechung wegen Unzugänglichkeit der Beweise (G. v. 15. Nov. 1867 R. 131, und Straf-P. O. vom Jahre 1873) behoben.

Die Einwendungen gegen die Zeugen hat der Probat im Instruktionsverfahren auszuführen; er hat insbesondere im Instruktionsverfahren die vom Probanten genannten verwerflichen Zeugen zu verwerfen, widrigens sie der Richter zuzulassen und wenn thunlich unter Eid abzuhören hätte, selbst wenn noch vor der Abhörung die Verwerflichkeit als jetzt ermittelt geltend gemacht würde.[13]) Trotz der Verwerfung hat der Richter relativ verwerfliche Zeugen zur Ergänzung einer ersten halben Probe zuzulassen „in jenen Fällen, in welchen der Beweisführer selbst zum Erfüllungseide zugelassen werden würde", §. 141 (216), also dann, wenn mindestens eine halbe Probe vorliegt und der

[12]) Buchhalter, Handlungskommis, Fabriksdirektoren, G. U. 1070, 4118, 5550, Beamte in Prozessen des Fiskus, G. U. 365, sind unbedenklich.

[13]) G. U. 3989.

Digitized by Google

Richter durch die Aussage der relativ verwerflichen Zeugen die Wahrheit feststellbar findet.

Die Verwerflichkeit oder Bedenklichkeit eines Zeugen kann nicht bloß aus der Ausführung des Probaten im Instruktionsverfahren, sondern auch aus der Antwort des Zeugen auf die ihm von Amtswegen oder über Parteiantrag vorgehaltenen Fragen erhellen. Ist letzteres der Fall, ist also durch die Antwort des Zeugen die gesetzlich vorbedachte Minderung der Glaubwürdigkeit aktenmäßig festgestellt, so muß der Richter bei der Entscheidung darauf Bedacht nehmen, §§. 153, 154 (225, 226), auch wenn der Probat eine Beweiseinrede nicht erstattet, oder in derselben auf den Umstand nicht eingeht; doch ist auch die Aussage eines verwerflichen Zeugen, weil er nicht verworfen wurde, nicht ungiltig. Der Richter hat den Werth der Aussage bei Abgang eines gesetzlichen Maßstabes frei zu würdigen.[14]) Es kann daher nach Ermessen des Richters durch die Aussage verwerflicher aber nicht verworfener Zeugen auch voller Beweis erbracht werden.[15])

§. 109.

Die Beweiskraft der Zeugenaussage.

Die Aussage des einzelnen Zeugen muß, um beweiskräftig zu sein, 1. persönlich; 2. vor Gericht, d. h. vor dem beauftragten oder ersuchten Richter (§. 199 Straf-G.); 3. unter Eid oder Eidessurrogat, sofern die Parteien nicht verzichtet haben; 4. über Befragen des Richters, also mündlich abgelegt sein, soweit körperliche Gebrechen die Aussage dieser Art nicht ausschließen (s. über schriftliche Zeugnisse §. 112); 5. sie muß abgelegt sein in jenem Prozeß, für welchen die Aussage entscheidend sein soll,

---

[14]) Canstein: Lehrb. II. 392 Note 23, die Mangels Einwendung zum Zeugenverhör zugelassenen verwerflichen Zeugen erscheinen als bedenkliche Zeugen.

[15]) Vergl. die Ent. v. 29. Jänner 1885, Spruchp. 2, 162.

Digitized by Google

oder bei einer darauf bezüglichen Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß. Als solche Aussage gilt auch die in einem vorausgegangenen Rechtsstreit erfolgte Beweisaufnahme bei Identität der Streittheile und der durch die Zeugen festzustellenden Thatsache; 6. die Aussage des Zeugen muß auf eigener Wahrnehmung der von ihm zu bestätigenden Thatsache beruhen. Ein **testimonium de auditu** (Ohrenzeuge), eine Aussage über das, was dritte Personen dem Zeugen über die festzustellende Thatsache berichtet haben, ist werthlos, §. 154 (226), wenn nicht, wie bei Unvordenklichkeit oder Notorietät, eben dieser Umstand festzustellen ist.

Ein **testis singularis** liefert keinen Beweis. Eine Ausnahme ist anzunehmen, wenn mehre einzelne Zeugen über Thatsachen berichten, die im Zusammenhange stehen, und zusammen ein Beweismoment bilden.[1]) — Der Regel nach bedarf die Zeugenaussage, um beweiskräftig zu sein, der Unterstützung durch weitere Aussagen, oder andere Beweise. Gefordert ist: a) zum Beweis durch Zeugen allein die übereinstimmende Aussage von zwei unbedenklichen,[2]) oder von mehren, d. h. wohl auch von zwei bedenklichen Zeugen; b) zu einer ersten halben Probe die Aussage eines unbedenklichen (Hfd. v. 14. Feber 1788 Nr: 782), oder mehrer, oder wohl auch nur eines bedenklichen Zeugen;[3]) c) zur Ergänzungsprobe die Aussage eines oder mehrer bedenklichen, oder auch relativ verwerflichen (und verworfenen) Zeugen, §§. 137, 141 (211, 216).

---

[1]) Wetzell 219. — Straf.-P. O. vom J. 1853 §. 270 Z. 4. — Ent. v. 18. Juni 1884, Spruchp. 2, 287: der Beweis (die erste halbe Probe) kann auch durch Zeugen hergestellt werden, welche von einander verschiedene Thatsachen bestätigen, wenn sich aus diesen Thatsachen das Beweisthema erschließen läßt. — Anders G. U. 4174.

[2]) Anders Canstein: Lehrb. II. 394, das Gesetz bestimme nicht, daß solche Aussage unbedingt Beweis mache; die legale Beweistheorie ist nur eine negative.

[3]) Ent. v. 6. März 1872, Z. 15216 ai. 1871.

Digitized by Google

§. 110.

Das Verfahren im ordentlichen Zeugenbeweis.

Die förmliche Beweisführung durch Zeugen hat folgende Stadien: die Anbietung, die Zulassung, die Antretung, die Aufnahme und die Ausführung des Beweises.

1. Die Anbietung erfolgt bei Aufstellung der im Bestreitungsfalle beweisbedürftigen Behauptung (§. 12), später mit Neuerungsbewilligung, und begreift: a) die Bezeichnung der Zeugen, d. i. die Angabe von Namen, Zunamen, Stand, Bedienung und Wohnung, wobei Probant bezüglich der Zahl der anzuführenden Zeugen nicht beschränkt ist (Hfd. v. 1. Juli 1782 Nr. 61); b) die Aufstellung der Weisartikel (als Beilage der Schrift, oder im Verhandlungsprotokoll, Pat. v. 29. Nov. 1784 Nr. 371), d. s. die Fragen, welche der Probant von den Zeugen beantwortet wissen will. Die Weisartikel sind deutlich und kurz, und nur auf Thatumstände zu stellen; jeder Weisartikel soll nur einen Umstand begreifen, §§. 147, 148 (13). Am Schlusse der Weisartikel ist ersichtlich zu machen, ob die genannten Zeugen über alle, oder ob einzelne Zeugen nur über einzelne Artikel gehört werden sollen (Direktorium). In einem späteren Stadium des Instruktionsverfahrens darf der Probant für die früher genannten Zeugen Zusatzartikel nur stellen, wenn die Anbietung des hiermit bezielten Beweises durch das Gesetz oder durch Neuerungsbewilligung an diesem Ort erlaubt erscheint, §. 149.

In der der Anbietung nachfolgenden Rede hat der Probat auf den angebotenen Beweis zu antworten, also die Zulässigkeit des Zeugenbeweises an sich, oder wegen verspäteter Anbietung zu bestreiten, und gegen die Zeugen Verwerflichkeits- und Bedenklichkeitsgründe auszuführen.

2. Zuzulassen ist der Zeugenbeweis nach Abschluß des Instruktionsverfahrens, wenn der Beweis gehörig angeboten erscheint, die dadurch festzustellenden Thatsachen streitig und erheblich,

Digitized by Google

die genannten Zeugen zulässig und vom Probaten nicht rechtswirksam verworfen sind, und durch die zuzulassenden Zeugen allein, oder mit Bedacht auf einen vorliegenden Urkundenbeweis oder den angebotenen Erfüllungseid voller Beweis geliefert werden kann, — mit Beiurtheil (Hfd. v. 22. Juni 1835 Nr. 42, §. 212 g. G. O.). Dabei ist weder im Urtheil, noch in der Begründung auf die Entscheidung der Streitsache Bezug zu nehmen, sondern lediglich zu bestimmen, welche der genannten Zeugen, deren Zahl der Partei nicht vorgeschrieben werden darf (Hfd. v. 1. Juli 1782 Nr. 61), und welche Weisartikel zugelassen, und welche Zeugen und Weisartikel ausgeschlossen werden; auch ist die Frist zur Antretung des Zeugenbeweises in Erinnerung zu bringen und die Entscheidung über die Prozeßkosten dem Endurtheile vorzubehalten. Auszulassen sind jene Zeugen, welche unzulässig, oder verworfen, oder nur für unerhebliche oder nicht streitige Umstände angeboten sind, und jene Weisartikel, welche nicht streitige oder irrelevante Thatsachen begreifen (§. 1, Hfd. v. 22. Juni 1835, §. 213 g. G. O.). — Besteht das Klagebegehren aus mehren Theilen, über welche eine getrennte Entscheidung erfolgen kann, so hat der Richter neben dem Beiurtheil über die spruchreifen Theile der Streitsache die Endentscheidung (ein Theilurtheil) zu fällen (Hfd. v. 12. Sept. 1837 Nr. 227).

Die Begründung des Beiurtheiles, welche unter Bezugnahme auf den in den Akten enthaltenen Sachverhalt die Zulassung und Ausschließung der Zeugen und Weisartikel rechtfertigt, ist dem Probaten, und bei beschränkter Zulassung des angebotenen Zeugenbeweises auch dem Probanten von Amtswegen zuzustellen (§. 23 Pr. N.).

In demselben Beiurtheile sind alle von beiden Parteien angebotenen Beweise und Gegenbeweise durch Zeugen zuzulassen, selbst wenn einer dieser Beweise nur auf den Fall des Gelingens eines anderen Zeugenbeweises relevant wäre, §. 169 (241).

Gegen das Beiurtheil stand den Parteien sofort Appellation und Revision zu; es war Rechtsmittel zu ergreifen, wenn eine

Digitized by Google

Partei durch Ausschließung oder Beschränkung des Zeugenbeweises sich beschwert erachtete, weil nach Rechtskraft des Beiurtheiles weitere Beweisführung durch Zeugen ausgeschlossen war; Rechtsmittel durfte ergriffen werden, wenn der zugelassene Beweis angefochten werden wollte, obwohl diese Anfechtung rechtzeitig noch in den Beweisschriften, und im Rechtszuge gegen das Endurtheil erfolgen konnte. Die Pr. N. §. 17 schließt nun selbstständige Appellation gegen das Beiurtheil der ersten Instanz, und selbstständige Revision gegen das Beiurtheil der zweiten Instanz[1]) aus; den Parteien ist vorbehalten, ihre diesfälligen Beschwerden in der Appellation gegen das Endurtheil auszuführen, und sich den im Beiurtheile nicht zugelassenen Zeugenbeweis bei Gefahr des Verlustes durch Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß zu sichern. §17.

Bei der Fällung des Endurtheiles ist das Gericht an das vorausgegangene Beiurtheil erster oder höherer Instanz und die Entscheidungsgründe desselben nicht gebunden (§. 2, Hfd. v. 22. Juni 1835), daher die da als erheblich erkannten Thatsachen bei der Endentscheidung als unentscheidend, zugelassene Zeugen als unzulässig, oder als wirksam verworfen erkannt werden dürfen.[2]) Über Appellation gegen das Endurtheil kann das Obergericht auf Zeugenbeweis, oder auf weiteren Zeugenbeweis erkennen, gegen welche Entscheidung Rechtsmittel nicht sofort zulässig, sondern vorbehalten ist. In allen Fällen, wo Zeugenbeweis in höherer

[1]) Jud. B. 92. — Ent. v. 14. Jänner 1885, Ger. Z. 1885: 28. — Dem Zeugen steht wegen seiner Vorladung ein selbstständiges Rekursrecht zu, Ent. v. 14. Juli 1885, Ger. Z. 1885: 67; ebenso besteht ein selbstständiges Rekursrecht der Parteien gegen Verfügungen, welche die Ausführung des durch Beiurtheil zugelassenen Beweises betreffen. Ent. v. 28. Dezbr. 1882, Ger. Z. 1884: 75, und Ent. v. 25. Novbr. 1884, Spruchp. 2, 229.

[2]) Allerdings kann dieselbe Instanz wohl nicht sukzessive Beiurtheile fällen. Schrutka: Prakt. Fragen 46.

Digitized by Google

Instanz zugelassen wird, kommt die Beweisaufnahme der ersten Instanz zu, welche auf Grund des erweiterten Urtheilsmateriales ein neues Endurtheil zu schöpfen hat, ohne an die Entscheidungsgründe des Beiurtheiles der höheren Instanz gebunden zu sein (§§. 2, 4, Hfd. v. 22. Juni 1835).

3. Den im Beiurtheil zugelassenen Zeugenbeweis hat der Probant binnen 14 Tagen nach der Zustellung des Beiurtheiles anzutreten (J. B. 93). Diese Frist ist eine gesetzliche, wenn auch im Beiurtheil in Erinnerung zu bringen (Hfd. v. 17. Aug. 1797 Nr. 364); Fristverlängerung ist ausgeschlossen, eine verspätete Antretung aber nur abzuweisen, wenn sich der Probat derselben widersetzt (A. h. E. v. 22. Mai 1847 Nr. 1065), also dem Probaten, wenn er nicht bereits um Kontumazinrotulirung angesucht hat, zur Äußerung zuzumitteln.

Die Antretung erfolgt mit Gesuch, in welchem der Probant die Vorrufung aller im Beiurtheile zugelassenen Zeugen verlangen, aber auch einzelne zugelassene Zeugen und Weisartikel fallen lassen darf; soweit Abhörung nicht verlangt wird, ist der Zeugenbeweis erloschen (Hfd. v. 6. August 1789 Nr. 1041, §. 220 g. G. O.). — Der Probant ist nicht befugt, die Abhörung, anderer als der im Beiurtheile zugelassenen Zeugen zu verlangen; nur wenn einer der da zugelassenen Zeugen verstorben (oder sonst wie verloren gegangen)[3] wäre, kann er die Abhörung eines anderen, oder wenn der verlorene Beweis sich nur in dieser Art ersetzen läßt, auch die Abhörung mehrer anderen Zeugen verlangen. Über eine solche schon im Antretungsgesuche zulässige Bitte ist zunächst bei einer Tagsatzung zu verhandeln, und sohin mit Bescheid zu erkennen, gegen welchen selbstständige Beschwerde durch §. 17 Pr. N. ausgeschlossen erscheint.[4] Außer diesem Fall der Substituirung von Zeugen können nach Abschluß des In-

[3] G. U. 3922.

[4] G. U. 6106. — Ent. v. 16. Sept. 1884, Spruchp. 2, 36 (anders mit Bezug auf §. 221 g. g. O. die Ent. v. 16. April 1884, Ger. H. 1885: 39).

Digitized by Google

ſtructionsverfahrens neue Zeugen nur zu Folge einer Wiedereinſetzung nach §. 372 (489) geführt werden (Hfd. v. 18. September 1844 Nr. 830, und Hfd. v. 13. Feber 1845 Nr. 868).

Dem Antretungsgeſuche ſind die im Beiurtheile zugelaſſenen Weisartikel (mit Direktorium) in ſo vielen Ausfertigungen, als zur Zuſtellung an den Probaten und an jedes zum Zeugenverhör berufene Gericht nothwendig ſind, beizuſchließen, §. 146 (220).

4. Iſt das Antretungsgeſuch nicht wegen gerügter Verſpätung abzuweiſen, und ein formelles Gebrechen nicht vorhanden oder behoben, ſo hat der Prozeßrichter die Beweisaufnahme zu veranlaſſen. Der Prozeßrichter hat.

a) ſoweit die zu hörenden Zeugen ſich in ſeinem Gerichtsſprengel aufhalten, Tagſatzung zur Abhörung anzuordnen, §. 150 (222), und dazu die Zeugen ohne Angabe des Gegenſtandes der Ausſage mittelſt Vorladungszetteln, §. 397 (519), den Probanten (per copiam rubri des zurückbehaltenen Antretungsgeſuches) und den Probaten (in dorso des Doppels der Eingabe), dieſen unter Mittheilung der Weisartikel zu laden, und ihm dabei, trotzdem er derzeit dem Verhör der Zeugen beiwohnen darf (§. 165 [237] und Pr. N. §. 19), freizuſtellen, bis zur Tagſatzung oder bei derſelben ſchriftliche Fragſtücke vorzulegen.[5]) Fragſtücke ſind Fragen zu den einzelnen Weisartikeln, deren Beantwortung die Bedenklichkeit des Zeugen, oder ſeiner Ausſage klarſtellen ſoll;

b) wenn die abzuhörenden Zeugen in dem Sprengel eines anderen Gerichtes ſich aufhalten, das (Bezirks-) Gericht des Aufenthaltes um Abhörung zu erſuchen, §. 155 (227), und davon die Parteien, den Probaten mit dem Beiſatz zu verſtändigen, daß ihm freiſtehe, Fragſtücke dem erſuchten Richter unmittelbar vorzulegen (§. 156 [228] und §. 22 Pr. N.). Dem erſuchten Richter ſind die Weisartikel, und ſofern ihm das öſterreichiſche Prozeß-

[5]) Im Inſtruktionsverfahren ſind ſolche Fragſtücke nicht zu ſtellen, Hfd. v. 6. Okt. 1783 Nr. 197.

Digitized by Google

recht unbekannt ist, auch die gesetzlichen Fragen (mit einer der Pr. N. entsprechenden Information) mitzutheilen; ihm kommt zu, zur Abhörung der Zeugen Tagsatzung anzuordnen, und dazu die Parteien, die Fälle besonderer Dringlichkeit ausgenommen, zu laden, §. 22 Pr. N. Verzögert der ersuchte Richter die Zeugenvernehmung, so ist er vom Prozeßgericht zu betreiben; aber auch der Partei steht Beschwerde bei den Justizaufsichtsorganen zu, §. 159 (231).

Das Benehmen des zum Zeugenverhör bestellten Richterkommissärs bestimmen die §§. 152—154, 160—168 (224—226, 232—240), das G. v. 3. Mai 1868 N. 33, und §§. 18—21 Pr. N.

Die Vernehmung der Zeugen erfolgt, auch wenn die Parteien nicht erschienen sind. Der Probat muß bei Vermeidung von Zwang erscheinen, wenn seine Identität festzustellen ist;[6]) der Probant hat bei Verlust des Beweises zu erscheinen, wenn eine Sache zu bestimmen ist, auf welche sich die Aussage bezieht.

Die Vernehmung der Zeugen erfolgt bei Gericht. Eine Ausnahme gilt. a) für Mitglieder des Kaiserhauses und die dem Obersthofmarschallamte unterstellten Personen; sie werden in Wien vom Obersthofmarschall, anderorts vom Präsidenten des Gerichtshofes erster Instanz in ihrer Wohnung vernommen (J. M. E. v. 14. Mai 1854 Z. 8346, §. 155 Straf-P. O.); b) zu Folge internationaler Konventionen, nach welchen Konsuln u. zw. auch österreichische Staatsbürger in ihrer Wohnung abzuhören sind,[7]) so die Konsuln von Frankreich und Nordamerika; c) bei Krankheit oder anderer erheblichen Ursache, §. 168 (240). Die Zeugen, auch Militärpersonen, sind zum Erscheinen (durch Geld-, eventuell Arreststrafe oder Vorführung, §§. 185, 192 Gr. J.), und zur Aussage unter Eid (durch Geld- und Arreststrafe, Hfd. v. 18. Mai 1841 Nr. 538) zu verhalten.[8]) Die Zeugnißpflicht trifft alle, welche der Staatsgewalt unterworfen sind.

[6]) G. U. 4629.

[7]) Vesque von Püttlingen: Handbuch, 2. Aufl. 185.

[8]) Schrutka: Zeugnißpflicht 153.

Digitized by Google

Die Zeugen sind in Anwesenheit der Parteien, wenn sie erschienen sind, nach Feststellung ihrer Identität nach dem G. v. 3. Mai 1868 R. 33 in Eid zu nehmen, ausgenommen die Mitglieder des Kaiserhauses (M. E. v. 14. Mai 1854 Z. 8346), und Personen, welchen nach ihrer Konfession der Eid erlassen ist (Hfd. v. 10. Jänner 1816 Nr. 1201), und sodann einzeln, also in Abwesenheit der Mitzeugen und ohne Konfrontation zu hören vor Allem (bei sonstiger Nullität)[9]) über die allgemeinen Fragen des §. 152 (224),[10]) welche nicht erweitert werden dürfen, sodann über die einzelnen Weisartikel, und sofort bei jedem Weisartikel über die dazu vom Probaten gestellten Fragstücke (Hfd. v. 6. Juli 1787 Nr. 690, §. 237 g. G. O.), von Amtswegen aber immer: woher Zeuge es wisse. Auf die klare Ursache des Wissens (ratio scientiae) soll gedrungen werden, weil bei Unzulänglichkeit des Wissensgrundes die Aussage keinen Glauben verdient, §§. 153, 154 (225, 226). Dazu bestimmen die §§. 18—21 Pr. N., daß der Richter, und die Parteien durch den Richter, oder mit dessen Zustimmung direkt an die Zeugen Fragen stellen können „zur Erläuterung und Ergänzung der Aussage", also nur innerhalb der durch das Beiurtheil dem Beweis gezogenen Grenzen. Der Richter ist verpflichtet, die Unterbrechung des Zeugen durch die Partei, und den Versuch der Partei, auf die Aussage des Zeugen in unzulässiger Weise einzuwirken, hintanzuhalten, daher die Partei, welche sich solches erlaubt, unter Androhung der Ent-

---

9) G. U. 2008.

10) Die allg. Fragen sind: a) wie Zeuge mit Namen und Zunamen heiße; b) wie alt er sei; c) wessen Standes, Hantirung oder Charakters er ei; d) ob er dem Zeugenführer mit Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft verwandt sei; e) wie nahe; f) ob er wider den Gegentheil große Feindschaft hege; g) in was diese bestehe; h) ob er bei diesem Prozesse einen Nutzen zu hoffen oder einen Schaden zu fürchten habe; i) in was ein oder anderes bestehe; k) ob ihm seines Zeugnisses wegen nichts versprochen oder gegeben worden sei; l) was und von wem?

Digitized by Google

fernung zurechtzuweisen, und wenn die Ermahnung fruchtlos bleibt, auch zu entfernen. Der Richter hat Fragen, auch wenn sie schriftlich gestellt wurden (Fragstücke), sofern sie unangemessen, oder nach dem Inhalt des Beiurtheils ausgeschlossen erscheinen, nicht zu gestatten, und im Protokoll als von ihm ausgeschlossen zu bezeichnen. Gegen die Zurückweisung einer Frage oder eines schriftlichen Fragstückes ist die Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil zu verbinden; eine solche Beschwerde muß auch vorbehalten gelten, wenn der Richter das Fragerecht der Partei durch nicht gerechtfertigte Entfernung vereitelt hat.

Über das Verhör ist ein Protokoll aufzunehmen, in welchem die Fragen und die Antwort des Zeugen, letztere thunlichst mit den Worten des Zeugen aufzuzeichnen, und sonstige Vorfälle (Gestenprotokoll?) zu bemerken sind. Das Protokoll ist dem Zeugen vorzulesen, Zusätze und Änderungen der Aussage am Schlusse beizufügen, und sohin allseits zu fertigen, §. 193 Gr. J.[11]) Würde ein Zeuge nach diesem Schlusse des Verhöres seine Aussage abändern wollen, so darf ihm der Richter solches nicht gestatten (Hfd. v. 30. November 1810). — Die von dem Richterkommissär vollzogene Beweisaufnahme unterliegt der Überprüfung des Auftrags- und des Prozeßgerichtes; ein unterlaufener Fehler ist durch neuerliche Vernehmung zu beseitigen (Hfd. v. 7. Juni 1793 Nr. 110[12]). In diesem Wege kann der Beschwerde der Partei wegen Beschränkung des Fragerechtes, oder wegen Entfernung vom Verhör vorgebeugt werden.

Vollendet ist die Beweisaufnahme, wenn alle vom Probanten im Antretungsgesuche genannten Zeugen abgehört sind. Es hindert den Abschluß der Beweisaufnahme nicht der Abgang

---

[11]) Dabei ist dem Zeugen die ihm gebührende Vergütung aus dem vom Probanten erhobenen Vorschuß, wenn der Probant des Armenrechtes theilhaftig ist, aus der Gerichtskasse zu reichen.

[12]) G. U. 467. 4686.

Digitized by Google

der Aussage eines mittlerweile verstorbenen Zeugen, und der Abgang der Aussage jener Zeugen, auf welche der Probant vor Beginn der Abhörung verzichtet (Hfd. v. 6. August 1789 Nr. 1041). Ein Verzicht auf den Zeugen ist anzunehmen, wenn der Probant die Vernehmung eines Zeugen in der über Antrag des Probaten vom Richter zu bestimmenden Frist nicht ermöglicht.

5. Nach Abschluß der Beweisaufnahme gestattet die G. O. ein Weisungsverfahren, in welchem die Parteien auf Grund der Zeugenverhörsprotokolle die Glaubwürdigkeit der Zeugen und ihrer Aussagen, das Gelingen oder Mißlingen des Beweises, und weil der Richter bei der Entscheidung an das Beiurtheil und dessen Begründung nicht gebunden ist, auch die Unerheblichkeit und Unzulässigkeit des Beweises ausführen können.

Es hat der Prozeßrichter nach Vollendung der Beweisaufnahme die Parteien, u. zw. wenn möglich beide an demselben Tage, ev. den Probanten zuerst, von dem Abschluß der Beweisaufnahme mit dem Beifügen zu verständigen, daß ihnen freistehe, die Verhörsprotokolle einzusehen, Abschriften zu erheben[13]) und Beweisschriften zu erstatten, §. 171 (243), Ver. v. 16. Dez. 1851 R. 258, und dabei zu bemerken, welche Vergütung den Zeugen zuerkannt wurde.

Von der Zustellung dieses Bescheides läuft dem Probanten eine nicht verlängerbare Fallfrist ipso jure von 14 Tagen zur Erstattung der Beweisschrift (Beweissalvationsschrift), §. 172 (244), Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621; in diese Frist sind, wenn der Probant nun Abschriften der Verhörsprotokolle erhebt, die Tage von der Bestellung bis zur Zustellung der Abschriften nicht einzurechnen, daher diese Tage auf den bei Gericht erliegenden Protokollen ersichtlich zu machen sind (§§. 2—4, Ver. v.

[13]) Seit der durch die Pr. N. begründeten relativen Öffentlichkeit des Zeugenverhöres können Abschriften der einzelnen Aussage sofort nach Vernehmung des Zeugen erhoben werden; Ent. v. 21. März 1876, Sp. R. 81.

Digitized by Google

16. Dez. 1851). Der Probant hat die erhobenen Abschriften der Beweisschrift nicht beizuschließen, weil der Richter bei der Inrotulirung der Akten die Originalprotokolle einlegt (Hfd. v. 15. Jän. 1787 Nr. 621).

Der Probat ist berechtigt, gleichviel ob der Probant eine Beweisschrift erstattet oder nicht, eine Beweiseinrede (Gegen-, Impugnationsschrift) einzubringen in der nicht verlängerbaren Fallfrist von 14 Tagen, gerechnet vom Tage der Zustellung der rechtzeitig eingebrachten Beweisschrift, oder vom Tage nach Verlauf der Frist für dieselbe. Durch die Bestellung von Abschriften der Beweisprotokolle schafft sich der Probat keine Guttage.

In beiden Schriften sollen neue Umstände und Beweismittel nicht vorgebracht, und die doch vorgebrachten bei der Entscheidung der Streitsache nicht berücksichtigt werden, §. 174 (246). Außer der Beweisschrift und der Beweiseinrede ist keine weitere Schrift zu gestatten, §. 175 (247). Über die Beweiseinrede, und wenn eine solche nicht rechtzeitig eingebracht wird, über Parteiantrag,[14]) ist Tagsatzung zur Inrotulirung der Akten anzuordnen, bei welcher die Akten des Beweisverfahrens dem früheren Rotel zugeschrieben, und die Kosten der Beweisaufnahme liquidirt werden.

§. 111.

Der Gegenbeweis mit Zeugen.

Der Richter hat alle von beiden Parteien angebotenen Zeugenbeweise, also auch den Gegenbeweis mit Zeugen gegen den Zeugenbeweis in demselben Beiurtheile zuzulassen. Es ist in Ansehung des Gegenbeweises ebenso wie mit dem ersten Beweise vorzugehen, daher sind die Zeugen und die Weisartikel, welche zugelassen werden, zu bezeichnen, Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306. Bei dem Gegenbeweis kann sich der Probat auch der vom Probanten genannten Zeugen bedienen, gleichviel ob es sich um einen

[14]) Nach Rippel von Amtswegen.

Digitized by Google

indirekten, oder um einen direkten Gegenbeweis handelt,[1]) weil nur durch diese Anbietung der Beweis des Probaten von dem Beweis des Probanten unabhängig wird. Anzutreten ist der Gegenbeweis binnen 14 Tagen von der Zustellung des mit Weisartikeln belegten Gesuches, mit welchem der Hauptbeweis angetreten wurde, §. 169 (241). Mit dem Hauptbeweis entfällt nicht nothwendig der Gegenbeweis, weil dieser auch zur Ausschließung eines Eides dient. Wird der Hauptbeweis nicht angetreten, so ist dem Probaten die Frist zur Antretung des Gegenbeweises vom Ablauf der Frist für den Vorbeweis zu rechnen.

§. 112.

Der summarische Zeugenbeweis. Der Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß.

I. Die Partei kann für ihre Behauptung summarischen Zeugenbeweis anbieten, indem sie ein schriftliches Zeugniß der Zeugen vorlegt, oder bei mündlicher Verhandlung die Aussage der Zeugen in das Verhandlungsprotokoll aufnehmen läßt (Hfd. v. 23. Sept. 1785 Nr. 469), und um Zulassung der Beeidigung der Zeugen über diese Aussage ansucht. — In der nachfolgenden Rede hat sich der Probat zu erklären, ob er in die Beschwörung der Zeugnisse willige, also sich des Rechtes, Fragstücke (Fragen) zu stellen, begebe, §. 182 (255); Stillschweigen gilt nicht als Zustimmung, sondern als Ablehnung des summarischen Beweises. Da nun so diese Beweisführung nur von der Bewilligung des Probaten, von dem Verzicht auf den ihm zustehenden Einfluß bei dem Zeugenverhör abhängt, empfiehlt es sich für den Probanten, neben der summarischen auch die förmliche Beweisführung mit denselben

---

[1]) Canstein: Lehrb. II. 398 erklärt den direkten Gegenbeweis mit Zeugen des Hauptbeweises für nicht möglich, nimmt aber dabei nur auf die Art der Abhörung Bedacht.

Digitized by Google

Zeugen anzubieten, weil sonst bei Abgang eines ausreichenden Neuerungsgrundes durch Ablehnung des summarischen Beweises der Zeugenbeweis vereitelt würde.

Willigt der Probat in die summarische Beweisführung, so ist, wenn die Voraussetzungen für die Zulassung eines Zeugenbeweises vorliegen, in einem Beiurtheile zu bestimmen, welche Zeugen zum Eide zugelassen werden, und auf welchen Inhalt des Zeugnisses sich der Eid zu beschränken habe (Formular B zum Hfd. v. 22. Juni 1835 Nr. 42). Auch gegen dieses Beiurtheil ist Rechtsmittel vorbehalten.

Der zugelassene Beweis ist unter Anschluß der dem Beiurtheile entsprechenden Ausfertigung der zu beschwörenden Zeugnisse binnen 14 Tagen bei dem Prozeßgerichte anzutreten, welches ev. den Richter des Aufenthaltes der Zeugen um die Beeidigung ersucht, §. 183 (256), §. 17 Pr. N. Bei der Antretung kann der Probant einzelne der zugelassenen Zeugen fallen lassen; eine Substituirung neuer an Stelle verstorbener Zeugen hat nicht statt, sondern es ist das Zeugniß, welches der Verstorbene abgegeben hat, für beschworen zu halten, wenn sich der Zeuge gerichtlich zur Beschwörung erboten (eine Bestätigung an Eidesstatt auf dem vom Probanten vorgelegten Zeugniß genügt nicht, Ref. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489, Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621), und der Probant die Streitsache nicht verzögert hat, so daß eben in Folge dieser Verzögerung der Eid des Zeugen vereitelt erscheint, §. 186. Über das Gesuch, ein angebotenes Zeugniß als eidlich bestärkt zu erkennen, ist nicht abgesondert, sondern im Endurtheile zu entscheiden.

Die Beweisaufnahme umfaßt die Beeidigung der Zeugen über den Inhalt der Zeugnisse; die Zeugen werden zum Erscheinen bei Gericht, nicht aber zum Eide gezwungen, §. 185 (258). Die Beweisausführung entfällt, weil die Aussage der Zeugen schon im Instruktionsverfahren zur Würdigung vorlag; es ist daher sofort zur Inrotulirung der Akten zu schreiten.

Digitized by Google

II. Das Gesetz gestattet Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß [1]) noch vor Beginn des Prozesses, im Zuge desselben, und selbst nach dem Beiurtheil, insoweit angebotene Zeugen zum Beweis nicht zugelassen wurden, §. 17 Pr. N. Der Probant hat um diese Beweisaufnahme bei dem nach §. 35 Jur. N. zuständigen Gericht unter Benennung der Zeugen und Anschluß von Beisartikeln anzusuchen und auszuführen, aus welchen Umständen der Verlust des Zeugen, oder auch nur der Verlust richtiger Erinnerung an die zu bestätigende Thatsache [2]) zu besorgen ist, §. 179 (251). [3]) Über das Ansuchen ist nach Einvernehmung des Gegners zu entscheiden; bei Gefahr im Verzuge kann dem Ansuchen sofort stattgegeben werden (Hfd. v. 27. September 1784 Nr. 341, §. 253 g. G. O.). Gegen die Verweigerung steht Rekurs zu; gegen den die Beweisaufnahme bewilligenden Bescheid ist die Beschwerde für die Appellation gegen das Endurtheil in der Streitsache, in welchem auf diese Beweisaufnahme Bedacht genommen wird, vorbehalten, §. 17 Pr. N. [4])

Zur Beweisaufnahme ist der Gegner, wenn er bekannt ist, und in dringlichen Fällen die Abhörung hierdurch nicht verzögert wird (Hfd. v. 15. Oktober 1802 Nr. 579, §. 254 g. G. O.) mit der Aufforderung zur Beibringung von Fragstücken zu laden (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). Da den Parteien die Intervention bei dem Zeugenverhör gestattet, und die Verpflichtung der Zeugen, ihre Aussage vor der gerichtlichen Kundmachung niemanden zu entdecken, behoben wurde, §. 19 Pr. N., so ist den Parteien, gleichviel ob der Gegner zur Abhörung geladen

---

[1]) Wetzell 230.

[2]) G. U. 876, 2767 und 3554, 3809, 4537.

[3]) Die Gefahr des Verlustes kommt bei der Kundmachung mündlicher letztwilliger Anordnungen nicht in Betrachtung, §. 66, k. P. v. 9. August 1854 N. 208.

[4]) Sofortige Nullitätsbeschwerde wegen Inkompetenz ist zugelassen, G. U. 6033 (anders 6024).

Digitized by Google

wurde oder nicht, zu gestatten, sofort nach Abhörung des Zeugen vom Protokolle Abschrift zu erheben.[5]) Doch ist in dem Falle, wo der Gegner zum Verhör nicht geladen wurde, die Abhörung auch derzeit noch unvollständig, weil er berechtigt bleibt, die Vernehmung des Zeugen über die von ihm angeregten Fragen zu verlangen (Hfd. v. 15. Oktober 1802 Nr. 579).

Die Benützung der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß ist zeitlich nicht beschränkt; die Art der Benützung gestaltet sich verschieden. Ist der Beweis bei Beginn des Prozesses bereits aufgenommen, so hat der Probant die Protokolle nach §. 12 vorzulegen; andernfalls hat er im Prozesse den förmlichen Zeugenbeweis anzubieten. Die Zulassung des zum ewigen Gedächtniß gehörten Zeugen im Beiurtheil entfällt, wenn das Verhörsprotokoll noch im Zuge des Instruktionsverfahrens beigebracht wird, und das Zeugenverhör vollständig ist, oder der Probat auf weitere Abhörung des Zeugen verzichtet, oder der Zeuge nicht weiter vernommen werden kann. Wird in einem Beiurtheil auf den zum ewigen Gedächtniß gehörten Zeugen erkannt, so hat der Probant den Beweis anzutreten, und nun das Verhörsprotokoll vorzulegen, auch ist, wenn der Zeuge noch gehört werden kann, dem Gegner vorbehalten, die Ergänzung des Zeugenverhörs zu verlangen (Hfd. v. 25. Juli 1800 Nr. 505). Dem Beiurtheile folgt eine Beweisausführung und eine Inrotulirung für das Endurtheil. Das unvollständig gebliebene Verhör ist als bedenkliche Aussage zu behandeln.

Die Kosten der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß trägt vorläufig der Probant, u. zw. auch die Kosten der Intervention des Gegners;[6]) Die Kosten einer Verhandlung über die

---

[5]) Ent. v. 21. März 1876, Sp. R. 81.

[6]) G. U. 4818, 5265, 5622. Anders Waldner: Prozeßkosten 1883, S. 86, der Kostenzuspruch sei zu suspendiren.

Digitized by Google

Zulässigkeit der Beweisaufnahme trägt der in diesem Zwischenverfahren Sachfällige.[7])

§. 113.

Die Würdigung des Zeugenbeweises und falscher Aussage.

I. Bei der Prüfung der für das Endurtheil inrotulirten Akten ist die Relevanz des Zeugenbeweises, und die Zulässigkeit der vom Probaten verworfenen, aber doch abgehörten Zeugen neuerlich und unabhängig von der Begründung des Beiurtheils zu prüfen (§. 2, Hfd. v. 22. Juni 1835) und die Übereinstimmung der Aussagen und deren Glaubwürdigkeit zu beurtheilen. Wenn sich die Aussagen der vom Probanten geführten Zeugen kontradiktorisch widersprechen, so hebt zu Folge der formellen Beurtheilung des Beweises, bei gleicher Qualität der Zeugen, die Aussage eines bestätigenden jene eines bestreitenden Zeugen auf, und ist der Beweis nur gelungen, wenn für den Probanten noch so viele Zeugen erübrigen, als zum vollen Beweis erforderlich sind.[1])

Nach Befund wird der Richter die Streitsache unbedingt, oder von einem Eide bedingt entscheiden; er darf den Haupteid nur zulassen, wenn nicht schon durch den Zeugenbeweis die Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung festgestellt ist, den Erfüllungseid nur, wenn halbe Probe erbracht ist und nach der Sachlage die Behauptung des Probanten sich als glaubwürdig darstellt. Der Haupteid ist ausgeschlossen, wenn der Zeugenbeweis zur Gewissensvertretung nicht gelungen erscheint, §. 204 (276).

II. Der Streittheil, welcher auf Grund der Zeugenschaft obsiegte, ist dann, wenn der Zeuge lediglich gesteht, eine falsche Aussage bei Gericht abgelegt zu haben, nicht restitutions- und

---

[7]) G. U. 6607.

[1]) Wetzell 254, Note 6. — Heyßler, in Wagners Zeitschrift 1842, II. 92; 1844, I. 208. — Dagegen Mikolasch in Wagners Zeitschr. 1842, I. 218; W. Wessely 1843, II. 237, es sei voller Beweis gegen vollen Beweis zu stellen.

Digitized by Google

nicht ersatzpflichtig; er erscheint dem Gegner gegenüber auch aus dem Urtheile noch forderungsberechtigt. Das Geständniß wirkt nur zum Nachtheil des Zeugen, welchen der sachfällige Streittheil auf Ersatz belangen kann, §. 236 (311).

Wird der Zeuge einer falschen Aussage überwiesen, sei es auch auf Grund seines mit den erhobenen Thatumständen übereinstimmenden Geständnisses, so beläßt der §. 237 (312) den Sieger im Zivilstreite bei den dadurch erlangten Vortheilen, wenn ihm für seine Behauptung noch voller Beweis erübrigt oder wenn er den noch erübrigenden halben Beweis mit seinem Erfüllungseid ergänzt. Vorausgesetzt ist dabei, daß sich die Aussage des Zeugen nur subjektiv falsch darstellt. Findet dagegen der Strafrichter, daß die im Zivilprozeß bestätigte Thatsache nicht wahr sei, so wird er im Adhäsionsverfahren das Zivilurtheil vernichten oder den Parteien den Zivilrechtsweg vorbehalten, für welchen die Feststellung des Strafrichters entscheidend ist. Mitschuld der Partei an der falschen Aussage begründet für sie eine Entschädigungspflicht (§. 5, Straf-G. §§. 1301, 1324 b. G. B.).

IV. Der Beweis durch Kunstverständige.

§. 114.

Die Stellung der Sachverständigen. Der Beweis durch Sachverständige.

I. Sachverständige, nach der G. O. Kunstverständige, (artis periti) sind Personen, welche besondere wissenschaftliche, technische, oder durch gewerbliche Übung erlangte Kenntnisse besitzen. Sie sind für den Prozeß von Bedeutung:

*) Wetzell 528. — Obermayer: Die Lehre von den Sachv. im Z. P. 1880. — Pratobevera: Mater. 8. 209. — Kitka, im Mag. 9, 54. — Haimerl, ebenda 10, 231. — Helm, in Haimerls Viertelj. 12, 175. — Wagners Zeitschr. 1837, I. 195; 1840, I. 193, II. 308. — Schrutka-Heyßler, in Grünhuts Z. 13, 87.

Digitized by Google

a) als Urkundspersonen, wenn sie bestellt sind, im Bereiche ihres Fachwissens Zeugnisse mit öffentlichem Glauben auszustellen, so der gerichtlich bestellte Dolmetsch (§. 287 f, k. Pat. v. 9. Aug. 1854 R. 208);

b) als sachverständige Zeugen, welche die Partei über eine bereits gemachte Wahrnehmung[1]) namhaft macht, und welche dann nur als Zeugen in Betrachtung kommen,[2]) deren Glaubwürdigkeit allerdings von der für die Wahrnehmung erforderlichen Fachkenntniß bedingt ist;

c) als Hilfsorgane, deren sich der Richter bei Amtshandlungen bedient, welche nach der Sachlage fachkundigen Beistand fordern, so beim Augenschein, bei der Schriftenvergleichung, bei der Prüfung der Handelsbücher. Bei der Beiziehung solcher Hilfspersonen ist der Richter weder bezüglich der Zahl und der Auswahl, noch bezüglich der Bewerthung der Aussage an gesetzliche Regeln gebunden;

d) für den Sachverständigenbeweis, welcher über Antrag der Partei zur Feststellung streitiger Thatsachen zuzulassen, und im 17. Kap. der G. O. geregelt ist.[3]) Nothwendig wird ein solcher Beweis, wenn die Feststellung streitiger Thatsachen von Fachkenntnissen abhängt;[4]) er dient auch zur Bestimmung des Werthes einer Sache (Schätzung), §. 201 (273), Hfd. v. 18. Sept. 1786 Nr. 576.

II. Eine Pflicht, über Aufforderung des Gerichtes als Sachverständiger zu fungiren, besteht nur für jene, welche die Kunst

---

[1]) Nicht nothwendig ist das Faktum ein praeteritum, Canstein: Lehrb. II. 399.

[2]) G. U. 3554, 3663.

[3]) Die Unterscheidung in urtheilende und wahrnehmende Sachverständige hat wenig Berechtigung, weil Wahrnehmung und Urtheil mit seltenen Ausnahmen zusammenfällt. Wetzell 529, Note 13.

[4]) Nicht auch, wenn Geistesverwirrung oder Krankheit überhaupt in Frage kommt, G. U. 334, 2105, 4619.

Digitized by Google

oder Wissenschaft, wohin die Streitsache einschlägt, öffentlich vermöge ihres Amtes, Standes oder Gewerbes ausüben (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620), vor Allen für jene, welche über ihr Ansuchen vom Gericht als Sachverständige in einem bestimmten Fach aufgenommen und beeidet wurden,[5]) so lange sie nicht über Verzicht oder von Amtswegen entlassen sind, §. 189 (261), Hfd. v. 23. Sept. 1785 Nr. 469.[6]) Die Bestellung zum ständigen Sachverständigen berechtigt nicht, selbstständige Wahrnehmungen mit öffentlichem Glauben zu beurkunden; eine Wahrnehmung ohne gerichtliche Aufsicht und Leitung genügt nur für den sachverständigen Zeugenbeweis.

Die Sachverständigen erhalten nicht bloß Vergütung der Auslagen (Reise- und Zehrungskosten), sondern auch eine den Verhältnissen entsprechende, über Liquidation vom Richter zu bestimmende Belohnung, §. 193 (265), gegen deren Bemessung den Parteien und den Sachverständigen Rekurs zusteht.[7])

III. Die im einzelnen Fall zu verwendenden Sachverständigen bestellt das Gericht. Zulässig erscheinen jene, welche die im vorliegenden Fall erforderlichen Fachkenntnisse besitzen, und als Zeugen

---

[5]) Canstein: Lehrb. II. 401 beschränkt die Pflicht auf ständig bestellte und im öffentlichen Amte stehende Personen.

[6]) Für Schätzleute bestimmt die M. V. v. 26. März 1856 Z. 6056, daß das Gericht bei deren Bestellung die Kenntnisse, Eigenschaften und Vermögensverhältnisse zu erheben, Minderjährige, Pflegebefohlene und Kridatare selbst nach beendigter Krida nie zu Schätzleuten zu bestellen, und jene, die in Konkurs verfallen, oder auch nur einmal durch ein auffallendes Mißverhältniß zwischen dem Schätzungswerth und einem später erzielten Kaufpreis verdächtig werden, sogleich zu entlassen habe.

[7]) Für Schätzleute wurde die Entlohnung nach Übereinkommen mit den Parteien, oder mit einer Quote der Schätzungssumme abgestellt, und das Gericht angewiesen, bei der Prüfung der Liquidation auf den wirklichen Zeitaufwand, auf die Kenntnisse und den Wohnort des Schätzmannes, auf die Verhältnisse der Parteien, und die zeitweiligen Preise der Lebensbedürfnisse gehörige Rücksicht zu nehmen, Hfd. v. 17. Dez. 1830 Nr. 2496.

Digitized by Google

unbedenklich wären. Untaugliche und bedenkliche Sachverständige kann jeder Theil in einem motivirten Antrag um andere Verfügung verwerfen, §§. 191, 192 (263, 264).

Die unter Leitung des Gerichtes von zwei Sachverständigen unter Eid, oder mit Bezug auf den allgemein abgelegten Eid erstattete übereinstimmende Aussage macht vollen Beweis, doch muß der Befund vollständig, das Gutachten deutlich, bestimmt und ausreichend begründet sein. Dunkelheiten und Mängel im Befund und Gutachten sind durch neuerliche Vernehmung der Sachverständigen zu beheben, §§. 196, 199 (268, 271). Bei abweichender Aussage hat der Richterkommissär einen dritten Sachverständigen beizuziehen, welcher, wenn er einer der vorgebrachten Äußerungen zustimmt, den Ausschlag gibt; andernfalls ist der Augenschein unter Zuziehung anderer Sachverständigen zu wiederholen §§. 196, 197 (268, 269), bis eine übereinstimmende Aussage von zwei Sachverständigen erzielt ist. In Sachen, deren Begutachtung der medizinischen Fakultät zufällt, ist bei einer Differenz, oder bei Unbestimmtheit des Gutachtens die Äußerung der Fakultät einzuholen (Hfd. v. 21. Sept. 1822 Nr. 1895); diese hat auf Grund der mitgetheilten Akten, also auf Grund eines ihr schriftlich vorliegenden Thatbestandes, ihr Gutachten abzugeben. Daraus folgt die Zulässigkeit eines künstlichen Beweises durch Sachverständige, d. h. sachverständiger Begutachtung auf Grund von Thatsachen, welche gestanden, oder durch Beweis festgestellt sind.

Den Sachverständigen ist eine Besprechung zur Erzielung einer Verständigung über den Befund und das Gutachten vorbehalten; sie können bei Übereinstimmung eine gemeinsame Äußerung erstatten. Gegen die übereinstimmende Aussage von zwei Sachverständigen ist Gegenbeweis unstatthaft, §. 200 (272).[8])

[8]) Bei der Enteignung zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn ist das Gericht an den Befund der drei Schätzleute nicht gebunden, §§. 23, 24, 30, G. v. 18. Feber 1878 R. 30.

Digitized by Google

und kann auch im Appellationszuge eine Überschau nicht angeordnet (Hfd. v. 27. Feber 1784 Nr. 249), wohl aber das Verfahren als nichtig kassirt werden.

§. 115.

Das Verfahren bei dem Sachverständigenbeweis.

Das Verfahren bei dem Sachverständigenbeweis folgt im Allgemeinen den für den Zeugenbeweis gegebenen Anordnungen. Es ist zu unterscheiden der förmliche Sachverständigenbeweis, und der Beweis zum ewigen Gedächtniß.

I. Der förmliche Sachverständigenbeweis hat dieselben Stadien wie der Zeugenbeweis.

1. Anzubieten ist der förmliche Sachverständigenbeweis bei Aufstellung der im Bestreitungsfall beweisbedürftigen Behauptung, durch Bezeichnung der festzustellenden Umstände, mit dem Ersuchen, der Richter wolle darüber Sachverständige hören; Weisartikel sind nicht erforderlich (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). — Der Probat kann das Beweisthema als irrelevant, den Sachverständigenbeweis hierüber als unzulässig, oder derzeit unmöglich darstellen; ein Gegenbeweis hat keinen Raum.

2. Zuzulassen ist der Beweis nach Abschluß des Instruktionsverfahrens, wenn er über erhebliche, bestrittene, und durch Sachverständige festzustellende Umstände rechtzeitig angeboten erscheint, — mit Beiurtheil, welches zu bestimmen hat, in welchem Umfange der angebotene Beiweis zugelassen wird (Formular C zum Hfd. v. 22. Juni 1835 Nr. 42). In allen anderen Beziehungen gilt das für das Beiurtheil auf Zeugen Ausgeführte.

3. Der Probant hat den zugelassenen Beweis binnen 14 Tagen nach der Zustellung des Beiurtheiles anzutreten, widrigens der Beweis, wenn der Gegner sich widersetzt, erloschen ist (a. h. E. v. 22. Mai 1847 Nr. 1065). Da der Richter die Sachverständigen zu wählen hat, ist die Nominirung derselben im Antretungsgesuche unerheblich.

Digitized by Google

4. Über das rechtzeitig eingebrachte Antretungsgesuch verfügt der Prozeßrichter die Beweisaufnahme. Er ordnet, wenn sich das Augenscheinsobjekt in seinem Gerichtssprengel befindet, eine Tagsatzung zum Augenschein an, bestellt die Sachverständigen, ladet diese und die Parteien zum Augenschein, und fordert von dem Probanten den Erlag eines entsprechenden Kostenvorschusses, §§. 189, 193 (261, 265).[1] Fragstücke werden dem Probaten nicht abverlangt. — Befindet sich das Augenscheinsobjekt in einem anderen Gerichtssprengel, so wird das bezügliche (Bezirks-) Gericht um die Aufnahme des Beweises unter Einsendung des vom Probanten erhobenen Kostenvorschusses ersucht, und von dieser Verfügung beiden Theilen Nachricht gegeben. Dem ersuchten Gericht ist die Bestellung der Sachverständigen,[2] die Anberaumung der Tagsatzung und die Ladung der Parteien, von welcher in keinem Falle Umgang genommen werden darf, vorbehalten, §. 195 (267) und §. 22 Pr. N.

Die von dem Gericht bestellten Sachverständigen kann jede Partei wegen Befangenheit, oder wegen Mangels der zu dieser Expertise nöthigen Fachkenntnisse verwerfen u. zw. binnen der Hälfte der Frist zur Augenscheinstagsatzung, widrigens das Recht zur Verwerfung erloschen ist, §. 191 (263). Der Richter kann über den Antrag sofort andere Sachverständige bestellen, oder auch vorher den Gegner hören. Von der Bestellung anderer Experten sind beide Theile zu verständigen; vorbehalten ist ihnen, auch diese Sachverständigen rechtzeitig d. h. in der ersten Hälfte der Frist von der Verständigung bis zur angeordneten Augenscheinstagsatzung zu verwerfen, §. 192 (264).

---

[1]) Die Finanzprokuratur macht den geforderten Betrag bei der bezüglichen Verwaltungsbehörde flüssig, Hfd. v. 22. Jänner 1847 Nr. 1016.

[2]) G. U. 5792, Ent. v. 28. Juni 1882, C. 2, 109. — Anders die Ent. v. 14. März 1882, Jur. Z. 1882: 19, und die Ent. v. 6. Nvbr. 1883, Ger. H. 1884: 29, es habe im Requisitionsfalle nicht der ersuchte, sondern der Erkenntnißrichter die Experten zu bestellen.

Digitized by Google

Für das Verfahren bei der Beweisaufnahme sind die §§. 194—199 (268—271), der §. 18 Pr. N., und das Gesetz vom 3. Mai 1868 Nr. 33 maßgebend. Das Ausbleiben der geladenen Parteien hindert die Verhandlung nicht; nur dann, wenn die Anwesenheit der Partei zur Feststellung des Augenscheinsobjektes nothwendig ist, wird der Probant mit Androhung des Beweisverlustes zu laden sein. Das Ausbleiben der Sachverständigen hat eine Ungehorsamsstrafe, und die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der vereitelten Tagsatzung zur Folge, wenn der Ausfall nicht durch Beiziehung anderer Experten, gegen welche die Parteien keine Einwendungen zu begründen vermögen, ausgeglichen werden kann. Die Sachverständigen sind nach dem Gesetz vom 3. Mai 1868 in Eid zu nehmen, oder an den von ihnen abgelegten allgemeinen Eid zu erinnern; sohin hat ihnen der Richter innerhalb der durch das Beiurtheil und das Antretungsgesuch bestimmten Grenzen den Gegenstand der Besichtigung und die Fragen zu bestimmen, welche sie zu beantworten haben. Die dem Richter obliegende Leitung der Verhandlung fordert keineswegs die Anwesenheit desselben bei jeder Erhebung der Sachverständigen; es genügt, wenn sich der Richter den entsprechenden Einfluß wahrt. Den Parteien steht zu, „den Kunstverständigen Erinnerungen zu machen" u. zw. in Bezug auf den Befund und das Gutachten. Das Maß dieser Erinnerungen ist nicht bestimmt, es steht also nichts entgegen, daß die Partei das Gutachten eines Fachmannes zur Erwägung vorlege. Der die Verhandlung leitende Richter hat ein gleiches Disziplinarrecht wie bei dem Zeugenverhör; ihm steht auch zu, Fragen der Parteien als unstatthaft zurückzuweisen, und durch geeignete Fragen auf die Ergänzung des Befundes und Gutachtens einzuwirken.

Nach den §§. 198 und 199 (270, 271) soll Befund und Gutachten noch, „ehe die Parteien von dem Augenschein auseinander gehen", von den Sachverständigen schriftlich abgefaßt

Digitized by Google

und unter ihrer Fertigung dem Richter übergeben oder zu Protokoll erklärt werden; den Parteien ist die Äußerung der Sachverständigen vorzulesen, Dunkelheiten und sonstige Mängel sind sofort zu beheben. Daraus folgt, daß, wenn die Sachverständigen ihr Gutachten nicht schon in der Tagsatzung abzugeben in der Lage sind, zur Verhandlung über das schriftlich eingebrachte Gutachten eine neuerliche Tagsatzung anzuordnen ist. Bei widersprechendem Befund hat der Richter einen Sachverständigen als Obmann beizuziehen, eventuell eine neue Expertise zu veranlassen.

5. Von der Annahme des Sachverständigenbeweises hat das Gericht die Parteien wie von dem Abschluß des Zeugenverhöres zu verständigen und ihnen dabei freizustellen, Abschriften des Befundes zu erheben, und Beweisschriften zu erstatten [§. 200 (272), Hfd. v. 25. August 1783 Nr. 179, V. v. 16. Dezember 1851 R. 258]. Nach dem Weisungsverfahren, welches mit der Aktenimrotulirung abschließt, hat das Gericht in der Streitsache zu entscheiden, ohne an das Beiurtheil und dessen Gründe gebunden zu sein. Die höhere Instanz kann über Appellation gegen das Endurtheil innerhalb der Grenzen der Anbietung noch weiteren Beweis durch Sachverständige zulassen, niemals aber einen Gegenbeweis (eine Überschau) anordnen (Hfd. v. 27. Feber 1784 Nr. 249).

II. Der Sachverständigenbeweis zum ewigen Gedächtniß hat statt, wenn Gefahr obwaltet, daß sich bei Aufschub jene Beschaffenheit der Sache ändern würde, deren Ermittlung für die Rechtsbehauptung oder Rechtsvertheidigung wesentlich ist. Das nach §. 35 J. N. zuständige Gericht bewilligt die Beweisaufnahme ohne Prüfung der Dringlichkeit, wenn der Gegner im Gesuche selbst, oder bei der darüber eingeleiteten Vernehmung zustimmt (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620, §. 260 g. G. O.); es bewilligt die Beweisaufnahme bei offenbarer Gefahr im Verzuge ohne Vernehmung des Gegners (Hfd. v. 27. Sept. 1784 Nr. 341). Gegen die Bewilligung der Beweisaufnahme steht dem Probaten eine selbstständige Beschwerde nicht zu; er ist zur

Digitized by Google

Expertise zu laden, wenn es überhaupt thunlich erscheint. Die ohne Ladung des Probaten gepflogene Beweisaufnahme erscheint unvollständig, weil ihm das Gesetz eine Einflußnahme auf den Befund einräumt.

Der Sachverständigenbeweis zum ewigen Gedächtniß wird in dem Prozeß, für welchen er entscheidend ist, in derselben Weise benützt, wie ein gleicher Zeugenbeweis. Es entfällt im Hauptprozeß das Beiurtheil, wenn der Befund im Zuge des Instruktionsverfahrens vorgelegt wird und die Beweisaufnahme vollständig ist, oder der Probat auf weitere Erhebungen verzichtet, oder diese nicht mehr möglich sind; andernfalls ist der angebotene Sachverständigenbeweis mit Beiurtheil zuzulassen, und über die vom Probaten vorgebrachten Erinnerungen eine neuerliche Erhebung, und sohin die Erstattung von Beweisschriften zu veranlassen.

Einen singulären Beweis zum ewigen Gedächtniß regeln die ar. 348, 365 und 407 H. G. B. Die Besichtigung und Begutachtung der Transportwaare erfolgt, auch wenn der Beweis nicht gefährdet erscheint, durch das Handelsgericht oder Bezirksgericht des Bestimmungsortes ohne Zuziehung des Gegners, doch bleibt diesem vorbehalten, unter Umständen eine nochmalige Vernehmung der Experten zu verlangen. Dem Empfänger steht frei, die Waare ohne Intervention des Gerichtes von Fachleuten besichtigen zu lassen, doch sind diese, auch wenn sie vom Gericht als Sachverständige bestellt sind, nicht berufen, ein öffentliches Zeugniß auszufertigen; [3]) sie kommen nur als sachverständige Zeugen in Betrachtung.

---

[3]) Solches nimmt an Canstein: Lehrb. II. 356, gestützt auf § 48 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. — Vergl. dagegen die Ent. des O. G. H. vom 27. Mai 1874 Z. 4900, Notar. Z. 1875 : 14; es sei ein Sachverständigenbeweis, mit dessen Leitung ein Notar nicht betraut werden kann.

Digitized by Google

§. 116.

V. Der gerichtliche Augenschein.*)

Gerichtlicher Augenschein (inspectio ocularis) ist die sinnliche Wahrnehmung der für den Rechtsstreit erheblichen Zustände und Verhältnisse durch den Prozeßrichter, oder durch einen beauftragten oder ersuchten Richter. [1]) Er erscheint als das natürlichste und nach der Sachlage vielleicht auch als das einfachste Mittel zur Aufhellung der Streitsache. Die G. O. handelt von dem gerichtlichen Augenschein nur nebenher im §. 202 (274); es soll kein gerichtlicher Augenschein ohne gegründete Ursache vorgenommen, im Falle der Vornehmung aber hierzu jedesmal zwei Kunstverständige zugezogen, und hierbei wie bei dem Kunstverständigenbeweise vorgegangen werden. Man identifizirt denn auch den gerichtlichen Augenschein und den Kunstverständigenbeweis, und läßt ihn nur über Antrag, und immer nur mit Beiurtheil zu.

Es ist bei Ausschluß der gerichtlichen Forschung (§. 1) festzuhalten, daß im ordentlichen Verfahren eine amtliche Augen-

*) Wetzell 524. — Langenbeck: Beweisführung 1858 fol. — Wewelb: Zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein 1877. — Pratobevera: Mater. 8. 209, 309. — Haimerl: Mag. 10, 231. — Schrutka-Heyßler, in Grünhuts Z. 18, 90.

[1]) In weiterem Sinne fällt unter den Begriff Augenschein jede in amtlicher Eigenschaft gemachte Sinneswahrnehmung, also die Wahrnehmung des gesammten Akteninhaltes überhaupt. In einem anderen Sinne wird der gerichtliche Augenschein dem Beweis übergeordnet (Canstein, in der Zeitschr. f. d. Z. P. II. 326) als Mittel, das Gewißheit schaffe, und beschränkt auf die Wahrnehmung dauernder Zustände und Verhältnisse. und der schriftlichen Willensdispositionen durch das Prozeßgericht; die Wahrnehmung eines beauftragten und ersuchten Richters erscheint dann bloß als Zeugniß. Dagegen wäre zu berücksichtigen, daß auch die eigene Wahrnehmung des erkennenden Richters nur Überzeugung, aber keine Gewißheit schaffe, weil der Richter im Amte ebenso wie außer Amt (vergl. Canstein: Lehrb. II. 283) dem Irrthum und der Täuschung unterworfen ist.

Digitized by Google

scheinsaufnahme nicht statt habe,[2]) aber anzunehmen, — daß der Richter den Augenschein über Parteiantrag veranlassen könne, sobald er zur Aufhellung der Streitsache dienlich erscheint; — daß wohl die Aufnahme des Augenscheines, nicht aber die Anordnung desselben nach den Bestimmungen über den Sachverständigenbeweis zu erfolgen habe, also der gerichtliche Augenschein mit Bescheid einzuleiten sei; — daß Sachverständige beizuziehen seien, insoweit Fachkenntnisse erforderlich erscheinen; — daß gegen die Anordnung des Augenscheines kein Rechtsmittel zustehe (§. 252 [329] und Analogie des §. 17 Pr. N.); — daß die Parteien zu laden seien, um sich an der Verhandlung zu betheiligen und auf die erheblichen Umstände aufmerksam zu machen; — daß der Befund des Richters und ev. auch der Sachverständigen in der Tagsatzung zu Protokoll zu nehmen, Beweisschriften aber nicht zu gestatten seien, weil darüber, was der Richter festgestellt hat, keine Verhandlung Raum hat. Durch die Zuziehung von Experten wird der Augenschein nicht zum Sachverständigenbeweis. Bei dem Sachverständigenbeweis ist der Richter blos berufen, die Thätigkeit der Experten zu leiten; bei dem Augenschein hat aber der Richter selbst thätig zu sein, und sind die Sachverständigen nur berufen, ihm über die außer dem Kreise seiner Einsicht liegenden Vorfragen ein Urtheil oder Gutachten abzugeben; sie sind dem Richter in gleicher Weise beigestellt, wie bei der Vornahme der Schriftenvergleichung; der Richter ist auch bei der Bestellung der Sachverständigen an die Mitwirkung bez. die Einwendung der Parteien, nicht gebunden. Der Augenschein erfolgt, wenn die zu besichtigende Sache zu Gericht gebracht werden kann, bei Gericht, sonst an jenem Orte, wo die Sache liegt.

---

[2]) Anders Heusler, im Archiv f. z. P. 62. 256, der Richter hat kraft innerer Nothwendigkeit den Augenschein, wo er anwendbar ist, vorzunehmen. Dagegen Wendt, in der krit. Viertelj. 14, 335.

Digitized by Google

Eine Feststellung durch gerichtlichen Augenschein zum ewigen Gedächtniß ist nicht zuzulassen, weil der Beweis der Thatsachen, welche durch den Augenschein zu ermitteln sind, auch in anderem Wege gesichert werden kann, und jene Sachlage, welche den Richter im Laufe des Prozesses zum Augenschein behufs Erleichterung oder Vorbereitung der Entscheidung drängt, vor Beginn desselben sich nicht bestimmen läßt.

§. 117.

VI. Die sogenannte Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel.*)

Für den Probanten ist der Beweis, wenn er gelingt, an sich von Vortheil; versagen seine Beweismittel, so sind sie für die Entscheidung unerheblich. Ob und inwieweit ein Beweismittel dem Beweisführer selbst zum Nachtheil gereichen kann, ist eine in das österr. Prozeßrecht übertragene, und nicht gleichmäßig gelöste Frage.

1. Es unterliegt nach österr. Rechte keinem Zweifel, daß sich die Partei zur Herstellung eines Haupt- und Gegenbeweises derselben Beweismittel bedienen kann, welche der Prozeßgegner gegen sie gebraucht hat. Der Satz erleidet eine Einschränkung nur aus der Natur des Beweismittels. Es kann das Geständniß niemals für den Konfitenten Beweis machen. Es kann der Eidesdelation nicht eine Eideszuschiebung entgegengestellt werden, u. zw. nicht bloß, weil hiermit lediglich die Eidesrollen getauscht würden, sondern weil die Eidesdelation den Delaten nöthigt, sich für die Annahme oder Rückschiebung, oder für die Beweisführung zur Gewissensvertretung durch dazu geeignete Beweismittel zu entscheiden.

*) Wetzell 252. — Pratobevera: Mat. 2. N. 1. — W. Wessely, in Wagners Zeitschrift 1843 II. N. 38 und 43. — Heyßler, ebenda 1844 I. N. 15 und 17.

Digitized by Google

Will sich die Partei zur Herstellung eines Gegen- oder Hauptbeweises der vom Gegner gebrauchten Beweismittel bedienen, so hat sie ihrerseits diesen Beweis gesetzmäßig anzubieten; — den Zeugenbeweis durch Berufung auf die vom Gegner genannten Zeugen und Aufstellung entsprechender Weisartikel; — den Sachverständigenbeweis durch Bezeichnung jener Umstände, welche sie erhoben und beurtheilt wissen will; — den Urkundenbeweis durch Berufung auf die Urkunde, welche, weil sie bereits einen Bestandtheil der Prozeßakten bildet, nicht neuerlich vorgelegt werden muß. Der so angebotene Beweis ist vollkommen selbstständig: der Gegner kann wohl auf die von seiner Seite in Antrag gebrachte Vernehmung der Zeugen, auf die sachverständige Erhebung der von ihm bezeichneten Umstände verzichten, und hiermit den von der Gegenpartei angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweis entbehrlich machen; hinfällig wird durch diesen Verzicht der Beweis der Gegenpartei nicht. Es kann derjenige, welcher eine Urkunde vorgelegt hat, sie, sobald der Gegner darauf Beweis gründet, nicht mehr zurücknehmen, selbst wenn er zur Edition der Urkunde nicht verpflichtet gewesen wäre, weil die Urkunde nun einen Theil der Prozeßakten bildet und nicht mehr bloß sein Beweismittel, sondern auch Beweismittel des Produkten ist. Ein versäumter Beweis kann durch den Umstand, daß die Partei Gelegenheit findet, diesen Beweis nun mit den vom Gegner gebrauchten Beweismitteln anzubieten, nicht zulässig werden; es kann also mit den Beweismitteln des Beklagten in der Replik ein Gegen- und ein Repliksbeweis, nicht aber ein Klagebeweis angeboten werden.

Die Verwendbarkeit der Beweismittel des Gegners zur Anbietung eines Haupt- und Gegenbeweises ist keine Folge der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel;[1]) sie folgt aus dem Rechte der

[1]) Hesse, im Archiv f. z. P. 23, 1.

Digitized by Google

Partei zum Gebrauche der geeigneten Beweismittel, in welchem sie durch die Prozeßthätigkeit des Gegners nicht beirrt wird. Aus der Natur des Verhältnisses folgt, daß der Produzent die Glaubwürdigkeit der von ihm vorgelegten Urkunde nicht bestreiten kann, weil sich nun auch der Gegner darauf beruft; die Verwerflichkeit und Bedenklichkeit der Zeugen und Sachverständigen, welche aus dem Verhältnisse zur Partei, oder dem Interesse an dem Ausgang des Streites resultirt, besteht aber allerdings aufrecht.

II. Der Richter hat den Werth eines jeden Beweismittels im Ganzen zu prüfen, somit die Gründe für und gegen die Wahrheit des zu beweisenden Satzes aus dem Gesammtergebniß der Beweisführung zu entnehmen.[2]) In dieser Weise kommen die Beweismittel des Produzenten dem Produkten zu statten, u. zw. nicht bloß insoweit sie den produzentischen Beweis zu Folge ihres Widerstreites zerstören,[3]) also den direkten Gegenbeweis des Produkten entbehrlich machen, sondern auch insoweit wirklich direkter Gegenbeweis hergestellt erscheint, welcher ausschließt, daß der Richter noch auf den vom Produzenten aufgetragenen Haupteid erkenne, der allerdings Raum hätte, wenn der produzentische Beweis lediglich als gestört, als nicht gelungen, betrachtet werden dürfte. Auch diese Folge resultirt nicht aus der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel; sie ergibt sich als Konsequenz der natürlichsten Grundsätze für die Beweisbewerthung.

III. Mit einem gewissen Zeitpunkte erlischt, das ist zweifellos, die Widerruflichkeit der einseitig angebotenen Beweismittel. Bei dem Zeugen- und Sachverständigenbeweis erlischt die Widerruflichkeit nicht schon mit der Anbietung, auch nicht mit der Antretung des im Beiurtheile zugelassenen

---

[2]) Canstein: Lehrb. II. 308 „Gemeinschaftlichkeit der Beweisgründe".

[3]) Heyßler, a. a. O. 261, 265.

Digitized by Google

Beweises (im Summ.-V. mit der Zulassung),[4]) sondern erst mit der wirklichen Stellung der Zeugen vor Gericht, genauer mit dem Beginn des Verhörs der Zeugen, bez. mit dem Beginn der Verhandlung mit den Kunstverständigen. Bis dahin kann der Produzent bei Abgang beschränkender Bestimmungen einseitig von der seinerseits in Antrag gebrachten Beweisaufnahme ablassen, ja es muß ein solches Abstehen vom Beweis angenommen werden, wenn die genannten und zugelassenen Zeugen in angemessener Frist nicht zu ermitteln sind, und bei dem Kunstverständigenbeweis dann, wenn der Probant den abverlangten Kostenvorschuß nicht erlegt,[5]) oder die Mitwirkung zur Feststellung des Augenscheinsobjektes verweigert. Mit Beginn des Zeugenverhörs bez. der Verhandlung mit den Experten ist die einseitige Widerruflichkeit erloschen, weil nun der Beweis Sache des Richters geworden, dieser in der Ermittlung bestrittener Thatsachen begriffen ist und dabei von Amtswegen vorgeht, daher auch die Protokolle über die Beweisaufnahme dem Aktenrotel selbst beilegt, und weil dem Produzenten nicht gestattet werden kann, eine zu seinem Nachtheile ausschlagende Aussage zu beseitigen.

Diese nun nicht mehr durch einseitigen Widerruf hemmbare Beweisführung begründet nur insoweit eine Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels, als der Produkt durch das ihm gesetzlich zugestandene Frage- und Erinnerungsrecht auf den Inhalt der Aussage Einfluß zu nehmen in die Lage kommt. Da aber durch die Beweisverfügung des Richters der Beweisaufnahme unverstellbare Grenzen gezogen sind, und alles Frage- und Erinnerungsrecht nur auf die Erläuterung und Ergänzung der Aussagen (§. 18, 20 Pr. N.), und die Glaubwürdigkeit der vernommenen Personen

---

[4]) Anders Canstein, a. a. O. 306. — Nach der Ent. v. 20. November 1883, Spruchp. 1, 170 erlischt die Widerruflichkeit mit der Zulassung des Zeugenbeweises.

[5]) Ent. v. 25. Juni 1884, Spruchp. 2, 100.

Digitized by Google

und gemachten Aussagen sich beschränkt, kann die von dem Produzenten in Antrag gebrachte Beweisführung dem Produkten nur insoweit zu statten kommen, als durch die produzentischen Beweismittel die Unwahrheit der Behauptung festgestellt, und hiermit zugleich die Eidesdelation unwirksam wird. Dieser Effekt einer Beweisführung berechtigt nicht, eine Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zu behaupten: er folgt von selbst aus den natürlichen Grundsätzen für die Beweiswürdigung und aus der Stellung des Schiedseides im Beweissystem.

Das Geständniß ist für den Konfitenten niemals Beweismittel;[6]) die dem Geständniß beigefügte Qualifikation ist nur eine Begrenzung des Geständnisses. Der Schätzungs- und Erfüllungseid kommt immer nur dem Probanten zu statten: es kann auch füglich nicht von einer Unwiderruflichkeit der Eide gesprochen werden, weil es im Belieben des Probanten steht, den Eid zu leisten oder auszulassen.[7]) Der Schiedseid ist überhaupt nicht Beweismittel, also niemals gemeinschaftliches Beweismittel. Die Zuschiebung des Haupteides ist ein dispositiver Akt, doch bleibt dem Deferenten noch vorbehalten, dem Eid durch Anbietung anderer Beweismittel, im ordentlichen Verfahren mit, im summarischen Verfahren ohne Neuerungsbewilligung, bis zum Schluß des Instruktionsverfahrens zuvorzukommen, und im ordentlichen (nicht auch im summarischen) Verfahren auch nach dem Instruktionsverfahren den Eid des Delaten durch eine Beweisführung zur Verhinderung falschen Eides auszuschließen, §. 231 (305). Bei dieser Sachlage kann nur mit erheblichster Einschränkung von der Unwiderruflichkeit der Eidesdelation gesprochen werden.

---

[6]) Canstein, a a. O. 307 spricht von der Gemeinschaftlichkeit dispositiver Geständnisse.

[7]) Canstein a. a. O. erklärt, daß Parteieide nach Mittheilung der diesfälligen Erklärung nicht mehr einseitig widerrufen werden können, also mit der Anbietung gemeinschaftlich werden.

Digitized by Google

Briefliche Urkunden werden durch die Beweisanbietung ein Bestandtheil der Prozeßakten, welche die Grundlage der gerichtlichen Entscheidung sind. Die vorgelegte Urkunde kann Umstände enthalten, welche dem Produzenten abträglich sind. Nimmt der Produkt auf diesen, dem Produzenten nachtheiligen Inhalt der Urkunde Bezug, so wird dieser zweifellos für die Entscheidung von Belang; die briefliche Urkunde wird durch die Bezugnahme auf den Inhalt Beweismittel des Produkten. Zu untersuchen ist nur, welche Bedeutung der dem Produzenten nachtheilige Inhalt der Urkunde dann hat, wenn der Produkt darauf nicht Bezug nimmt. Es ist zu unterscheiden: 1. Antwortet der Produkt auf die Prozeßrede des Produzenten, so ist der Inhalt dieser Antwort für die Entscheidung allein maßgebend, selbst wenn er mit der Urkunde im Widerspruch steht, denn der Richter ist bei der Entscheidung der Streitsache an die Parteierklärungen, an das, was die Parteien behaupten, was sie zugeben und bestreiten wollen, gebunden. 2. Im Kontumazfalle, also dann, wenn der Produkt auf jenen Vortrag, in welchem die Urkunde vorgelegt wurde, keine Antwort gibt, entsteht die Frage, ob der Richter lediglich auf die vom Produzenten aus der Urkunde hergeholte Behauptung Bedacht nehmen soll, auch wenn sich aus dem übrigen Inhalt der Urkunde eine Widerlegung der Behauptung des Produzenten, oder eine Verhinderung der Entstehung des behaupteten Rechtes, oder der Untergang des Rechtes, oder die Unwirksamkeit desselben ergibt?

Wird die Behauptung des Produzenten durch den Inhalt der von ihm vorgelegten Urkunde widerlegt, so ist diese Behauptung im Kontumazfalle nicht für wahr zu halten. Anerkannt ist diese Beschränkung der Kontumazfolge in den §§. 11, 25 und 32 gal. G. O.; anerkannt ist sie im §. 18. Summ.-V.; sie ist aber auch im Verfahren nach der a. G. O. anzuerkennen, weil die vorgelegte Urkunde ein Bestandtheil der Akten, also Grundlage der Entscheidung ist, und einer Urkunde im sum-

Digitized by Google

marischen Verfahren nicht eine andere Bedeutung zukommen kann als im ordentlichen Verfahren.[8])

Es unterliegt keinem Anstand, daß eine Partei die ihrem Prozeßgegner zukommende Vertheidigung antizipire, daß also der Kläger rechtshindernde und rechtsaufhebende Thatsachen und auch solche Umstände, welche die Wirksamkeit seines Rechtes beeinflussen, insoweit daraus Rechte abzuleiten dem Gegner nicht ausschließlich vorbehalten ist, ausführe. Es unterfteht keinem Zweifel, daß der Richter auf eine solche Ausführung der Partei Bedacht nehmen müsse. Erhellt nun eine rechtshindernde, rechtsaufhebende u. dergl. Thatsache nicht aus der Anführung der Partei, wohl aber aus der von ihr vorgelegten Urkunde, so hat der Richter die Parteibehauptung zur Urkunde in jene Beziehung zu bringen, in welcher sie rechtlich zu ihr steht. Die aus der Urkunde entnommene Behauptung ist ein Referat aus der dem Richter vollinhaltlich vorzulegenden Urkunde, daher diese Urkunde, und nicht ein unvollständiger oder ungenauer Bericht entscheidend. „Bloß das Recht, so aus dem Kontexte, aus der Urkunde fließt, ist der Partei, die sie beigebracht hat, zu ertheilen".[9])

Die von einer Partei im Prozesse vorgelegte Urkunde kommt der Gegenpartei zu statten nicht zu Folge der Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels, sondern weil sie ein Theil des produzentischen Vortrages ist, weil der Produzent durch die Vorlegung der Urkunde eine Vertheidigung des Produkten antizipirt.

Es folgt aus dem Dargestellten, daß eine Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel nach dem österr. Zivilprozeßrecht nicht besteht,

---

[8]) Heidmann: Die österr. Zivilgerichtsordnungen S. 28. Rippel, im Jurist 9. 339, und in den Erläuterungen der jos. G. O. Degegen Heyßler, im Jurist 9. 1; die Urkunde sei bis zum Widerspruch der Behauptung bloß Beweismittel, nicht Beweis, der Inhalt der Urkunde bis zum Widerspruch der Behauptung (ideell) so wenig vorhanden, wie bei Zeugen (reell) die Aussage. W. Wessely, in Wagners Zeitschr. 1843 II. 355.

[9]) Kees: Kommentar zu §. 11.

Digitized by Google

wenn man nicht damit Erscheinungen bezeichnen will, welche sich aus allgemeinen Grundsätzen von selbst ergeben und für welche durch die Wahl dieser Bezeichnung nichts gewonnen wird.

Dritter Abschnitt.

Das Rechtsmittelverfahren.

§. 118.

Begriff von Rechtsmittel. Eintheilungen.*)

Im weitesten Sinne ist Rechtsmittel jeder Behelf für die Rechtsverfolgung und Vertheidigung; im engern Sinne die Abhilfe gegen beschwerende Verfügungen und Entscheidungen, und gegen die Unthätigkeit und gesetzwidrige Thätigkeit des Richters; im engsten Sinne ist Rechtsmittel die Abhilfe gegen Verfügungen und Entscheidungen, durch welche die Partei in ihrer Stellung zur Gegenpartei benachtheiligt wird. Ausgeschlossen werden durch diese Bestimmung der Rechtsmittel die Beschwerden, welche das Verhältniß der Partei zum Richter, oder zu einem stellvertretenden Organ (ungebührliche Behandlung, Verschleppung, die Bewilligung oder Verweigerung des Armenrechtes, eines offiziösen Vertreters) betreffen, und jene Rechtsbehelfe, welche eine Änderung der richterlichen Verfügung und Entscheidung nicht bezielen (Syndikatsklage).

Die Rechtsmittel im engsten Sinne werden eingetheilt:

1. nach der Beschaffenheit des Nachtheiles in solche wegen unrichtiger Subsumtion (bei Urtheil Appellation bez. Revision, bei Bescheid Rekurs), — wegen Mangels der Voraussetzungen für eine rechtsbeständige Verfügung und Entscheidung (Nullitätsbeschwerde), — wegen Unbilligkeit der Entscheidung zu Folge einer Versäumung oder eines nachtheiligen Handels der Partei (Wiedereinsetzung). In Verbindung damit steht die Eintheilung der Rechtsmittel;

*) Wetzell 663. — Harrasowsky: Die Rechtsmittel im Zivilprozesse 1879.

Digitized by Google

2. in solche um Abänderung, oder um Aufhebung der Verfügung und Entscheidung;

3. in ordentliche und außerordentliche. Es sind außerordentliche Rechtsmittel die Restitution, die Revision und der Rekurs gegen konforme Entscheidung der ersten und zweiten Instanz, weil sie nur bei besonderen Voraussetzungen Abhilfe bringen;[1])

4. in Rechtsmittel mit und ohne Suspensiveffekt, jenachdem die Wirksamkeit der angefochtenen Verfügung und Entscheidung aufgeschoben wird, oder nicht;

5. in devolutive, d. s. solche, durch welche die Rechtssache an eine höhere Instanz gelangt, und nicht devolutive, welche von der ersten Instanz erledigt werden;

6. in sofortige und vorbehaltene;[2]) jene schließen sich unmittelbar an die gerichtliche Verfügung oder Entscheidung an: diese sind mit dem gegen die Entscheidung in der Hauptsache zugelassenen Rechtsmittel zu verbinden.

Lediglich eine Frage des Verfahrens ist es, ob das von einer Partei angebrachte Rechtsmittel nach Anhörung des Gegners, oder ohne solche erledigt wird.[3])

---

[1]) Es ist nicht entscheidend die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels (Bayer: Vorträge, 1008); — nicht die formelle Rechtskraft (Canstein: Lehrb. II. 50, welcher trotz der Annahme, daß konforme Entscheidungen der zwei Unterinstanzen formell rechtskräftig seien (537), obwohl doch noch nicht in letzterer Instanz entschieden ist, doch nur dazu kommt, als außerordentliche Rechtsmittel jene zu bezeichnen, welche auch (!) gegen formell rechtskräftige Verfügungen zustehen); — nicht das Endziel (Wach: Vorträge 179) der Abänderung, bez. der Vernichtung und Rescission.

[2]) Canstein, a. a. O. 51, selbstständige und unselbstständige.

[3]) Die von Canstein a. a. O. 51 dafür gewählte Bezeichnung, zweiseitige und einseitige Rechtsmittel, scheint bedenklich.

Digitized by Google

I. Die Appellation.*)

§. 119.

Die Voraussetzungen. Die Begründung. Der Effekt.

I. Appellation ist das Rechtsmittel gegen die in Urtheilsform ergangene Entscheidung der ersten Instanz mit der Bitte um Änderung der Entscheidung durch die zweite Instanz.

Sie ist zugelassen gegen jedes Urtheil erster Instanz, also auch gegen ein Kontumazurtheil, und gegen das deklarative Urtheil bei Submission.[1]) Die im §. 252 (329 a und b) hervorgehobenen Ausnahmen sind nun entfallen, weil die noch erhaltenen Beiurtheile über Zwischenstreitigkeiten (s. §. 53) sämmtlich für die Entscheidung der Hauptsache von Bedeutung, und Verbalinjurien dem Strafrichter zugewiesen sind. Das mit Hfd. v. 22. Juni 1835 Nr. 42 (§§. 210, 259 g. G. O.) eingeführte Beiurtheil auf den Zeugen- und Sachverständigenbeweis unterliegt nach §. 17 Pr. N. keiner selbstständigen Appellation; die diesfälligen Beschwerden sind mit der gegen das Endurtheil gerichteten Appellation zu verbinden. Die Appellation ist zugelassen ohne Bestimmung einer summa gravaminis,[2]) und ohne Sukkumbenzgeld (Hfd. v. 16. Juli 1782 Nr. 62); sie ist zugelassen, gegen die Entscheidung über die einzelnen Theile des Hauptanspruches, gegen die Entscheidung über die Nebenansprüche, insbesondere auch gegen den Ausspruch über die Prozeßkosten (gegen den Zuspruch, Abspruch, die Kostenkompensation, und den Betrag des Zuspruches, Ref. v. 14. Juni 1784 Nr. 306, und Hfd. v. 17. Juni 1787 Nr. 684, §. 329 g. G. O.).

---

*) Wetzell 701. — Menger: Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens 1873. Harrasowsky: Rechtsmittel 443.

[1]) Der §. 329 der gal. G. O. schließt wider ein in Gemäßheit des Eingeständnisses geschöpftes Urtheil die Appellation aus. Die Nullitätsbeschwerde ist hiermit nicht ausgeschlossen, Canstein: Lehrb. II. 182 Note 79.

[2]) Ausgeschlossen ist Appellation im Bagatellverfahren.

Digitized by Google

Berechtigt zur Appellation ist die Prozeßpartei und der nothwendige Vertreter derselben; der Prokurator ohne besonderer Ermächtigung;[3]) der Intervenient, wenn er für den Interventen den Prozeß führt;[4]) nicht aber auch eine am Prozesse unbetheiligte Person, auch wenn der Ausgang des Streites für sie erheblich erscheint. Die von einem Streitgenossen eingelegte Appellation gilt für alle, wenn der appellirende Genosse schon in erster Instanz als Repräsentant aller Streitgenossen gegolten hat (Hfd. v. 4. September 1801 Nr. 535), und die Appellation einen Gegenstand vom gemeinschaftlichen Interesse betrifft, also auf die Person des Appellanten nicht beschränkt ist (Hfd. v. 5. März 1847 Nr. 1042); der Erfolg der Appellation eines Streitgenossen kommt überdies allen zu statten, wenn das streitige Rechtsverhältniß für alle nur einheitlich festgestellt werden kann.

II. Nach der G. O. ist der Appellationsrichter lediglich zu einer Überprüfung der Entscheidung des ersten Richters innerhalb der Grenzen des Parteibegehrens berufen. Der Urtheilsstoff ist für den ersten und zweiten Richter der gleiche; das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweismittel in der Appellation ist ausgeschlossen, also auf neues Vorbringen bei der Entscheidung nicht Bedacht zu nehmen, §. 257 (333). Die Partei kann demnach die Appellation nur mit der Ausführung begründen, daß nach der Aktenlage anders zu entscheiden war, daß in der That- oder Beweisfrage, oder in der Subsumtion des Thatbestandes und der Beweise ein Fehler unterlaufen ist.

III. Die Appellation ist ein suspensives und devolutives Rechtsmittel, bei welchem nach der G. O. auch der Appellat gehört wird.

---

[3]) Die Finanzprokuratur soll allerdings die Zustimmung der Verwaltungsbehörde einholen, wenn der von ihr vertretene Fond sachfällig, und zum Kostenersatz verurtheilt wurde.

[4]) Vergl. die Ent. v. 3. März 1885, Jur. Bl. 1885: 13.

Digitized by Google

Suspendirt ist die Rechtskraft des Urtheiles (**sententia suspensa est**), daher auch die Exekution desselben; suspendirt ist das vom Urtheil bedingte weitere Verfahren bei dem ersten Richter (**lis suspensa est**), also die Verhandlung der Streitsache bei Appellation gegen das Urtheil über die Inkompetenzeinwendung, die Abnahme des im Urtheil zugelassenen Eides. Den Suspensiveffekt begründet die Frist zum Rechtsmittel, nicht erst die Einlegung desselben (Hfd. v. 10. Feber 1785 Nr. 387).

Der Devolutiveffekt liegt in der Übertragung der Entscheidung auf das Oberlandesgericht.[5]) Der ersten Instanz bleibt die Bewilligung der Exekution zur Sicherstellung vorbehalten §. 259 (339); ihr fällt das durch die obergerichtliche Entscheidung angeordnete neue und weitere Verfahren, und soweit hiermit neues Urtheilsmaterial beschafft wird, auch eine neuerliche Entscheidung in der Streitsache zu, für welche (von Nullitäten abgesehen) die in der obergerichtlichen Entscheidung zum Ausdruck gelangte Rechtsanschauung nicht maßgebend ist.

Der Umfang der Suspension und Devolution wird bestimmt durch das Begehren des Appellanten. Dieser hat zu erklären, ob er gegen die Entscheidung im vollen Umfange, oder gegen einzelne Punkte derselben appellire; die nicht appellirten Punkte der Entscheidung werden durch die Beschränkung der Appellationsanmeldung rechtskräftig und unabänderlich, §. 258 (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489, §. 331 g. G. O.); in diesen Punkten hat nach Ablauf der Leistungsfrist Exekution statt, §. 259 339); in den appellirten Punkten[6]) darf der erste Richter Exekution zur Sicherstellung bewilligen, für welche nun die V. v. 18. Juli

[5]) Im Syndikatsprozesse ist Appellationsinstanz der oberste Gerichtshof.

[6]) Die Appellationsanmeldung ist als Voraussetzung für die Bewilligung der Exekution zur Sicherstellung anerkannt in G. U. 5139. 8075. Zahlreicher sind die Entscheidungen, in welchen die Bewilligung der Exekution zur Sicherstellung noch vor Ablauf der Appellationsfrist zulässig erkannt ist; z. G. U. 6939, 7791, 7834, 8067, 8601, Ent. v. 4. Juni 1884 Spruchp. 2, 37.

Digitized by Google

1859 R. 130 maßgebend, und die Nachweisung einer Gefahr nicht weiter erforderlich ist.[7]) In den appellirten Punkten des Urtheiles ist Reformation angestrebt und zulässig, doch nur nach Maßgabe des Begehrens, also nur zum Vortheil des Appellanten; vorbehalten ist dem Obergericht, im Umfange der Appellation von Amtswegen eine Kassation aussprechen, auch wenn sie im Erfolg dem Appellanten nachtheilig wird, §§. 264, 265 (Res. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489, §§. 344, 346 g. G. O.).

Finden sich beide Theile durch das Urtheil beschwert, so kann jeder Streittheil selbstständig appelliren (app. reciproca, Prinzipaladhäsion), doch sind die Akten über beide Appellationen zusammen vorzulegen (Hfd. v. 2. Mai 1785 Nr. 417), und nur ein Appellationsurtheil zu fällen (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620, §. 338 g. G. O.); dabei sind die beiderseitigen Beschwerden an sich und in ihrem Zusammenhang zu prüfen, daher ist der Oberrichter auch in der Lage ist, das Urtheil zum Nachtheil eines der Beschwerdeführer zu ändern.[8])

§. 120.

Das Appellationsverfahren.

Nach der G. O. umfaßt die Appellation die Appellationsanmeldung und Appellationsbeschwerde des Appellanten, und die Appellationseinrede des Appellaten.

I. Die Appellationsanmeldung ist der wesentliche Theil; es hat das Obergericht die Streitsache zu prüfen und zu entscheiden, auch wenn eine Appellationsbeschwerde nicht eingebracht wird (Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306, Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621, §. 332 g. G. O.). Die Anmeldung enthält die Erklärung, daß die Partei appellire (daher eine Eingabe um eine Frist zur Anmeldung, oder um Mittheilung der Entscheidungsgründe

[7]) G. U. 3516, 3631, 4539, 5859, 6104 (anders 5749).

[8]) Besch. v. 2. November 1858, Jud. B. 31.

Digitized by Google

die Anmeldung nicht zu ersetzen vermag, Ref. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489), und in welchen Punkten sie eine Änderung der Entscheidung begehre (Ref. v. 14. Juni 1784 Nr. 306, §. 331 g. G. O.). Die Appellationsbeschwerde enthält die Darstellung der aus den Akten und dem Gesetze entnommenen Umstände, zu Folge welcher sich das Urtheil als nicht gerechtfertigt darstellt, also regelmäßig eine Widerlegung der Begründung des ersten Urtheiles, oder eine Ausführung jener Thatsachen und Beweise, welche bei der Entscheidung übersehen wurden. Die Anmeldung und Beschwerde sind verbunden oder getrennt bei dem ersten Richter schriftlich einzubringen (Hfd. v. 23. Dez. 1782 Nr. 109, §§. 330, 332 g. G. O.). Mündliche Appellation ist zugelassen bei den auf dem „offenen Lande" (d. h. mit Landleuten)[1] abgeführten Prozessen,[2] in welchem Falle der Richter über die zu Protokoll erklärte Anmeldung beide Theile vorzurufen, die Beschwerden und Einreden zu Protokoll zu nehmen, und dieses sammt den übrigen Akten dem Oberrichter vorzulegen hat (Ref. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489, §. 337 g. G. O.).

Für die Anmeldung und Beschwerde läuft eine gesetzliche Frist von 14 Tagen, §. 252 (329), bei Urtheilen der Handelsgerichte (Handelssenate) in Merkantil-, Handlungs- und Wechselgeschäften eine Frist von 8 Tagen (§. 9, Pat. v. 9. April 1782 Nr. 41)[3] nach Zustellung des erstrichterlichen Urtheiles, und wenn der appellirenden Partei von Amtswegen die Entscheidungsgründe zuzustellen waren aber nicht zugestellt wurden, vom Tage nach der Zustellung der innerhalb der Appellationsfrist angesuchten Ergänzung.[4] Die Frist zur Anmeldung war stets, die Frist zur Beschwerde ist zu Folge des §. 6 Pr. N. unverlängerbar.

---

[1] S. §. 88, das Verfahren mit Manuduktion.
[2] Nach §. 380 g. G. O. bei dem mündlichen Verfahren.
[3] Nach §. 583 g. G. O. eine Frist von drei Tagen.
[4] Vergl. die Ent. v. 29. Oktober 1872, Sp. N. 26 und G. U. 6516.

Digitized by Google

Eine verspätete Anmeldung hat der erste Richter zurückzuweisen, wenn der Gegner bereits um die Exekution des Urtheiles angesucht hat; ist das nicht der Fall, so hat der erste Richter die verspätete Anmeldung wie eine rechtzeitig eingebrachte zu erledigen; doch wird sie vom Obergericht wegen Verspätung zurückgewiesen, wenn der Appellat keine Appellationseinrede erstattet, oder in der abgeforderten Einrede die Verspätung rügt (Res. v. 11. Sep. 1784 Nr. 335, Hfd. v. 19. Mai 1786 Nr. 550). Die verspätete Beschwerde ist vom ersten Richter immer zurückzuweisen (Res. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489, §. 332 g. G. O.). Ist die Beschwerde mit der verspäteten Anmeldung verbunden, so wird sie allerdings mit der Anmeldung an das Obergericht gelangen, doch hat dieses, auch wenn es auf die Appellation eingeht, auf die Beschwerde nicht Bedacht zu nehmen d. h. in den Entscheidungsgründen sich in eine Widerlegung der da geltend gemachten Gründe für eine andere Anschauung nicht einzulassen.

Die Anmeldung wird dem Appellaten zugestellt zur Erstattung der Einrede binnen 14 Tagen, bei Merkantilgerichten binnen 8 Tagen (Hfd. v. 22. Jänner 1839 N. 332).[5] Gerechnet werden diese Tage dem Appellaten von der Zustellung der rechtzeitig eingebrachten Appellationsbeschwerde, oder vom Tage nach Ablauf der Frist für diese Beschwerde (Hfd. v. 23. Juli 1789 Nr. 1038, §. 334 a. G. O.).[6] Die Frist zur Einrede ist eine gesetzliche, nicht verlängbare Fallfrist ipso jure (§. 255, Hfd. v. 25. Aug. 1783 Nr. 179).

---

[5] Nach §. 583 g. G. O. ist über einen bei dem Wechselgerichte geschöpften Spruch auch die Appellationseinrede binnen drei Tagen zu überreichen.

[6] Vorausgesetzt ist dabei, daß Anmeldung und Beschwerde abgesondert eingebracht werden; das geschah, insolange die Frist zur Appellationsbeschwerde vom Richter verlängert werden konnte. Durch §. 6 Pr. N. ist die Verlängerung der genannten Frist, und hiermit auch jeder Anlaß zur Sonderung der Anmeldung und Beschwerde entfallen.

Digitized by Google

Restitution kann bei Versäumung der Frist zur Anmeldung, nicht aber bei Versäumung der Frist zur Beschwerde und Einrede bewilligt werden (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 623).

II. Die gleichfalls zweifach einzureichende Einrede (Hfd. v. 13. Feber 1784 Nr. 241) enthält, da Neuerungen und akzessorische Adhäsion ausgeschlossen sind, lediglich Deduktion; es wird die in der Beschwerde erfolgte Anfechtung der erstrichterlichen Entscheidung abgewehrt. Der Bescheid auf die Einrede ist nach der Sachlage verschieden (Res. v. 11. Sept. 1784 Nr. 335). Wurde bis zum appellirten Urtheil protokollarisch verhandelt, so ist Akteninrotulirung vorzunehmen, §. 256 (338), und dazu Tagsatzung anzuordnen, bei welcher Advokaten das Erscheinen nur gestattet sein soll, wenn es die Parteien verlangen (Hfd. v. 23. Juli 1792 Nr. 34).[7]) Ist dem appellirten Urtheil eine Inrotulirung (nicht bloß Verzeichnung) der Akten vorangegangen, so hat eine weitere Inrotulirung nicht statt; der Richter hat die Appellationsschriften dem früheren Rotel zuzuschreiben und beizulegen (Hfd. v. 20. Feber 1784 Nr. 244), daher bei Erledigung der Anmeldung, Beschwerde und Einrede eines der Doppeln zurückzubehalten, und den Exhibenten mit Rathschlag von seiner Verfügung zu verständigen. In diesem Falle wird die Einrede dem Appellanten zur Wissenschaft zugestellt mit dem Beifügen, daß die Akten dem Obergericht vorgelegt werden (Hfd. v. 13. Feber 1784 Nr. 241, §. 336 g. G. O.).

Wird eine Einrede nicht erstattet, so fehlt dem Richter die Anregung zur Anordnung der Inrotulirung bez. zur Vorlegung der Akten; doch folgt wohl aus §. 256 (338), daß der Richter ohne Verzug, also ohne Antrag der Partei, nach Ablauf der Frist zur Einrede die bezeichneten Amtshandlungen vorzunehmen habe.

---

7) Nach dem Dekret des O. G. H. vom 1. Mai 1866 Z. 2717 ist diese Inrotulirung auf dem Lande thunlichst zu vermeiden.

Digitized by Google

III. Die Akten leitet der erste Richter mit einem Bericht,[8]) welcher nach Bedarf die zur Sachlage dienlichen Aufklärungen enthält (J. M. Erl. v. 3. April 1864 Z. 2640), an das Obergericht. Beizuschließen sind (M. E. v. 31. Dezember 1859 Z. 20135): a) eine beglaubigte Abschrift des Urtheiles und der Begründung (Hfd. v. 29. November 1816 Nr. 1298); b) eine beglaubigte Abschrift des Tagzettels über die Zustellung des Urtheiles (Hfd. v. 28. Juli 1823 Nr. 1956); c) die Originalbeweisprotokolle (Hfd. v. 14. Mai 1824 Nr. 2006); d) bei Appellation gegen das Urtheil eines Kollegialgerichtes eine beglaubigte Abschrift der Aufzeichnung über die Abstimmung (§. 200 Gr. J.), und der vom Referenten für das Urtheil gearbeitete Aktenauszug (§. 142 Gr. J., M. E. v. 18. August 1858 Z. 16572).

IV. Von der eingebrachten Appellation kann der Appellant einseitig abstehen, u. zw. auch dann noch, wenn die Akten bereits dem Obergericht vorgelegt sind,[9]) doch hat das Gericht über die Straffälligkeit des Appellanten und den Kostenersatz Amt zu handeln (Hfd. v. 17. Okt. 1797 Nr. 384). — „Wenn eine Appellation, von der mit Einwilligung der Partei abgestanden worden, nach der Hand wieder fortgesetzt werden will" (Prosequirung der Appellation), so hat die neuerlich angebrachte Appellation der erste Richter zurückzuweisen, wenn die Frist zur Appellation bereits verstrichen ist und auch schon vom Gegner um Exekution angesucht wurde. Bei Abgang dieser Voraussetzungen ist der Appellat zu vernehmen; widersetzt sich dieser der Appellation nicht, so ist darüber nach Ordnung zu verfahren; widersetzt er sich aber, so ist die Appellation regelmäßig abzuweisen, und nur, wenn der Prosequent rücksichtswürdige Umstände vorbringt, auf Grund

---

[8]) Das Oberstthofmarschallamt mit Präsidialnote, Hfd. v. 14. Oktober 1785 Nr. 481.

[9]) Anders Canstein: Lehrb. II. 174, er nimmt eine Beharrungspflicht an, weil auch zu Gunsten des Appellaten die Kassation erfolgen kann.

Digitized by Google

der gepflogenen Verhandlung über die Zulässigkeit der Appellation (vom Obergericht) zu entscheiden (Hfd. v. 13. Feber 1798 Nr. 401).

V. Das Appellationsgericht prüft zunächst die Vollständigkeit des Berichtes, und veranlaßt die nöthige Ergänzung (Hfd. v. 13. November 1844 Nr. 845); es prüft die Rechtzeitigkeit der Appellation und die Zulässigkeit derselben, und wenn sich in dieser Richtung keine Bedenken ergeben, welche die Zurückweisung rechtfertigen, prüft es weiter innerhalb der Grenzen des Begehrens des Appellanten die Entscheidung selbst, und von Amtswegen zugleich das ihr zu Grunde liegende Verfahren. Ergeben sich Gebrechen der Verhandlung und Entscheidung, welche vom Gesetze ausdrücklich als Nichtigkeitsgründe bezeichnet und ohne Parteirüge zu beachten sind, oder welche ein richtiges Urtheil ausschließen, so ist von Amtswegen das Verfahren mit Bescheid (Hfd. v. 16. Juli 1819 Nr. 1579) zu kassiren, und der ersten Instanz neuerliche Verhandlung und Entscheidung aufzutragen (§. 265 (346), Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489); geringere Gebrechen sind auszustellen bez. zu rügen (Hfd. v. 27. Aug. 1784 Nr. 330).[10]) Wird das Urtheil nicht kassirt, so ist in den Grenzen der Appellation, in die Prüfung der That- und Beweisfrage einzugehen, und dafür vom Referenten bei einer Appellation gegen das Urtheil eines Einzelngerichtes ein Aktenauszug anzufertigen, bei Appellation gegen das Urtheil eines Kollegialgerichtes der vorgelegte Auszug zu ergänzen und zu berichtigen (§. 142 Gr. J., M. E. v. 18. August 1858 Z. 16572), und sohin mit Urtheil (Res. v. 11. September 1784 Nr. 335) der Spruch der ersten Instanz zu bestätigen, oder zu Gunsten der Appellanten zu ändern, oder mit Beiurtheil Beweis oder weiterer Beweis durch Zeugen und Sachverständige zuzulassen, und über die Appellationskosten zu entscheiden. Die Entscheidung und Begründung ist mit den

[10]) Dem Obersthofmarschallamte sind wahrgenommene Gebrechen zu bemerken, Hfd. v. 19. Dezember 1785 Nr. 506.

Digitized by Google

Verhandlungsakten an die erste Instanz hinauszugeben (Ref. v. 11. September 1784 Nr. 335), welche die Parteien von der Entscheidung, und nach Maßgabe des §. 23 Pr. N. (s. §. 53) auch von den Entscheidungsgründen verständigt.

§. 121.

II. Die Revision.

Die Revision der G. O. ist eine Oberappellation, d. h. eine Appellation gegen das Appellationsurtheil.

I. Die Revision ist ohne Rücksicht auf den Betrag des Streitgegenstandes (Hfd. v. 19. Juli 1782 Nr. 62) gesetzlich zugelassen, wenn und insoweit der Spruch der ersten Instanz von dem Appellationsgerichte abgeändert wurde, §. 260 (340); dabei erscheint nur auf die Dezision, nicht auch auf die Entscheidungsgründe, Bedacht genommen zu sein. Für diese gesetzlich gestattete, daher ordentliche Revision gelten die Bestimmungen über die Appellation; doch kann jener Streittheil, welcher in zweiter Instanz obsiegte, eine Exekution zur Sicherstellung nicht erwirken, weil nunmehr jeder Streittheil einen Spruch für sich hat, und das obergerichtliche Reformaturtheil nicht einmal die auf Grund des ersten Urtheiles erwirkten Sicherungsmaßregeln rückgängig macht, §. 261 (341).[1])

II. Gegen gleichlautende Sprüche der ersten und zweiten Instanz ist im §. 260 (340) Revision ausgeschlossen, aber vorzeitig üblich geworden, denn die a. h. Ent. v. 25. Sept. 1792 Nr. 52 verordnet bereits, daß, wenn die oberste Justizstelle zwei gleichlautende Urtheile abändert oder aufhebt, der dadurch sachfällig gewordenen Partei auf Verlangen die Beweggründe hinauszugeben sind. Man nahm an, daß solche reformbedürftige Sprüche gar nicht als Urtheil erscheinen und die oberste Justiz-

[1]) Harrasowsky: Rechtsmittel 452. — Ent. v. 5. Mai 1855, Ger. Z. 1885: 44.

Digitized by Google

stelle als Wächter des Rechtes durch prozessualische Formalitäten nicht behindert werde.[2]) Das Hfd. v. 2. Oktober 1794 Nr. 196 bestimmt, daß weder einer ersten Behörde, noch dem Appellationsgerichte zustehe, eine „obschon wider die Ordnung angebrachte Revisionsanmeldung zu verwerfen", sondern darüber immer der Gegentheil zu vernehmen sei, sofort, wenn dieser in die Revision willigt, das Weitere wie in jeder anderen Revisionssache vorgekehrt, wenn er aber derselben widerspricht, die Revisionsanmeldung und Einrede mit den Akten zur Erkenntniß der Hofstelle unterlegt werden soll. Dazu bestimmt das Hfd. v. 6. Nov. 1794 Z. 3697, daß eine außerordentliche Revision nur dann, wenn sie nach Ablauf der Revisionsfrist eingebracht werde und ein Exekutionsgesuch bereits vorliegt, von der ersten Instanz abzuweisen, in allen anderen Fällen aber die Revision vorzulegen, und derselben eine hemmende Wirkung einzuräumen sei. Diese hemmende Wirkung wird im Hfd. v. 17. Oktober 1797 Nr. 384 wieder versagt. In dem Hfd. v. 15. Feber 1833 Nr. 2593 wird dem O. G. H. die nachdrückliche Ahndung muthwilliger außerordentlicher Revisionen an den Parteien und ihren Vertretern zur Pflicht gemacht und zugleich bestimmt, daß von denjenigen, welche wegen Richtigkeit oder offenbarer Ungerechtigkeit der Erkenntnisse auf das außerordentliche Rechtsmittel einer Revision gegen gleichlautende Urtheile Anspruch zu haben vermeinen, die Revision jederzeit binnen der in der G. O. zur ordentlichen Revisionsanmeldung festgesetzten Frist bei dem Gericht erster Instanz angemeldet, auf die an Seine Majestät, oder den O. G. H., oder sonst wo immer überreichten Revisionsanmeldungen und Gesuche um Zulassung zur Revision keine Rücksicht genommen, für keinen Fall aber durch eine obgleich am gehörigen Orte angemeldete Revision die Exekution aufgehalten werden soll.

---

[2]) Harrasowsky a. a. O.

Digitized by Google

Es ist also außerordentliche Revision trotz §. 260 (340) von jeher üblich (Hfd. v. 25. Sept. 1792): sie ist in der Frist für die ordentliche Revision bei der ersten Instanz anzubringen (Hfd. v. 15. Feber 1833), und von dieser nur dann zurückzuweisen, wenn sie nach der Revisionsfrist eingebracht und vom Gegner bereits Exekution angesucht ist (Hfd. v. 6. Nov. 1794), sonst aber dem Gegner zur Erstattung einer Einrede zuzumitteln. Widersetzt sich dieser der außerordentlichen Revision nicht, so ist wie in der ordentlichen Revision zu verfahren; widersetzt er sich aber, so ist gleichwohl die außerordentliche Revision dem O. G. H. vorzulegen (Hfd. v. 2. Okt. 1794), doch hat dieser die gleichlautenden Entscheidungen nur bei Nichtigkeit, oder offenbarer Ungerechtigkeit abzuändern (Hfd. v. 15. Feber 1833), wozu Zweidrittelmajorität der Stimmführer erfordert wird (a. h. Ent. v. 17. Mai 1842 Nr. 616). Für keinen Fall hemmt die außerordentliche Revision die Vollziehung des bestätigenden Appellationsurtheiles (Hfd. v. 17. Okt. 1797, und Hfd. vom 15. Feber 1833), sie hemmt also auch nicht die Löschung der nicht gerechtfertigt erkannten Pränotation (Sp. R. 20), nicht die Löschung der Streitanmerkung (anders Sp. R. 44), nicht die Verhandlung der Streitsache, wenn das Urtheil die Inkompetenzeinrede zurückweist,[3]) nicht die Eidesantretung,[4]) wohl aber mit Rücksicht auf Hfd. v. 26. Sept. 1842 Nr. 642 die Abnahme des Eides.[5])

III. Ausgeschlossen ist selbstständiger Rechtszug gegen ein zweitinstanzliches Beiurtheil, §. 16 Pr. N.[6]) Ausgeschlossen ist die Revision im Syndikatsprozesse, weil da der oberste Gerichtshof

[3]) G. U. 3593.

[4]) G. U. 5184 (anders 3855).

[5]) Ent. v. 4. Juni 1873, Sp. R. 51. — Dagegen, wie es scheint, Harrasowsky a. a. O. 456, Note 31.

[6]) Jud. B. 92; Ent. v. 14. Jänner 1885, Not. Z. 1885: 28.

Digitized by Google

Appellationsinstanz ist und endgiltig entscheidet. Das gilt auch für den Rückersatz gegen den Beamten, wenn er bei dem Oberlandesgerichte geltend gemacht wird (§§. 17 und 20 des G. v. 12. Juli 1872 R. 112).

§. 122.

Die Nichtigkeit und deren Geltendmachung.*)

I. Es begründet Nichtigkeit der Abgang eines wesentlichen Prozeßerfordernisses, zu Folge dessen der Zweck des Verfahrens, unparteiische Feststellung von Privatrechten, unmöglich wird.

Gesetzlich sind als Nullitätsgründe bezeichnet: 1. der Mangel der Prozeßfähigkeit (Hfd. v. 4. Juni 1789 Nr. 1015, und Hfd. v. 14. Okt. 1803 Nr. 629); 2. Kontumazannahme bei Vorladung einer Partei auf einen Ferialtag (Hfd. v. 16. Juni 1788 Nr. 844); 3. Verhandlung über die Giltigkeit und Trennung einer Ehe vor einem Gericht, welchem Gerichtsbarkeit in Rechtssachen solcher Art nicht zusteht (§. 48 J. N.); 4. gerichtliche Verhandlung über einen vor die Verwaltungsbehörde gehörigen Gegenstand (§. 48 J. N.); 5. mangelhafte Besetzung des Kollegialgerichtes bei der Beschlußfassung (§. 156 Gr. J.); 6. der Abstimmung nicht entsprechende Ausfertigung des Urtheiles (Hfd. v. 21. Aug. 1846 Nr. 979).

Hiermit sind jedoch die Nichtigkeitsgründe nicht erschöpft. Es erscheint weiter: a) als subjektive Nullität α) ex persona judicis der Mangel der natürlichen Fähigkeit zum Richteramte (Geistesstörung, ein physisches die Wahrnehmung des Prozeßganges ausschließendes Gebrechen), — der Unabhängigkeit vom Parteiinteresse (§. 52 f, Ger. J.), — der Mangel des Richteramtes überhaupt (des Stimmrechtes bei Kollegialgerichten, der Bestellung zum Einzelnrichter, oder zur Vertretung des Einzelnrichters); β) aus der

*) Wetzell 782. — Harrasowsky: Rechtsmittel 457. — Menger: System 279. — Ott: Uvedení zmateční stížnosti im Právník 12. 469, 509.

Digitized by Google

Person der Streittheile der Mangel der Parteifähigkeit, der Prozeßlegitimation. Es erscheint b) als objektive Nullität, u. zw. als nullitas in procedendo, die Verletzung des rechtlichen Gehörs (Ausschließung vom gesetzlich gestatteten Vorbringen), der Verhandlungsmaxime; als nullitas in judicando das gesetzwidrige Zustandebringen des Beschlusses, gesetzwidriges Erlassen desselben, der Mangel eines wesentlichen Stückes des Erkenntnisses, die Unverständlichkeit desselben, die Verletzung des Dispositionsprinzipes durch Zuspruch über das Begehren, bei der Appellation durch Abänderung des Spruches über den Umfang der Devolution, die Entscheidung ex falsa causa (auf Grund eines nachträglich als falsch erkannten Beweismittels), die Entscheidung contra jus constitutum (die Annahme als Norm, was als solche nicht gilt, ar 7 Staats-G. G. v. 21. Dez. 1867 R. 144).

II. Die Nullitätsbeschwerde ist entweder eine devolutive oder eine remonstrative.[1])

1. Die devolutive Nichtigkeitsbeschwerde ist zugelassen gegen Sprüche der ersten und zweiten Instanz, u. zw. auch gegen deklarative und Kontumazurtheile, und auch gegen Urtheile auf einen Zeugen- und Sachverständigenbeweis.[2]) Mit der Nullitätsbeschwerde ist im Falle, wo gegen das Urtheil die Appellation oder Revision zusteht, die Appellation und Revision zu verbinden, §. 262 (342);[3]) es hat überdies das Obergericht, auch wenn in der Appellation oder Revision eine Nullitätsbeschwerde nicht vorgebracht ist, auf die Nichtigkeit der Verhandlung und Entscheidung von Amtswegen Bedacht zu sein, §. 265 (346) und Kassation auszusprechen, wenn der Fehler im Gesetz als Nichtig-

[1]) Canstein: Lehrb. II. 181.

[2]) Ent. des O. G. H. vom 16. Feber 1875, Ger. Z. 1878 Nr. 69. Anders Canstein: Lehrb. II. 182 Note 76 unter Berufung auf das J. B. 92.

[3]) Konzentrationsmaxime, dico sententiam nullam, et si qua est, appello.

Digitized by Google

keitsgrund bezeichnet, und die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht, wie im Falle der Kontumazbehandlung bei einer auf einen Ferialtag angeordneten Tagsatzung (Hfd. v. 16. Juni 1788 Nr. 844, §. 500 g. G. O.) der Partei vorbehalten ist, oder wenn der Fehler eine gründliche Entscheidung der Streitsache ausschließt (Ref. v. 31. Okt. 1785 Nr. 489, §. 346 g. G. O.).

Die mit der Appellation oder Revision zu verbindende Nichtigkeitsbeschwerde ist in der für diese Rechtsmittel bestimmten Frist bei dem ersten Richter anzubringen, und nach den für die Appellation und Revision gegebenen Bestimmungen zu behandeln, §. 263 (343). Doch ist der Partei vorbehalten, ihre Nullitätsbeschwerde zu erweisen, §. 264 (344), also für den Bestand des Nichtigkeitsgrundes Beweismittel vorzubringen. Der Oberrichter hat vor Allem die Nichtigkeitsbeschwerde zu untersuchen, und wenn er sie begründet findet, das Urtheil zu kassiren und zu bestimmen, welches neuerliche Verfahren bei dem Untergerichte statthaben soll. Entscheidend ist für diese Anordnung, ob der Fehler lediglich in der Urtheilsoperation liegt, daher durch Wiederholung derselben behoben werden kann, oder ob der Fehler die Verhandlung betrifft, und wie weit er in dieselbe zurückgreift. Die bei der Kassation vom Obergericht ausgesprochene Rechtsanschauung ist für den Unterrichter bezüglich der weiteren Verhandlung bindend (Ref. v. 14. Juni 1784 Nr. 306).

Ist Ursache der Nichtigkeit ein (offenbares) Verschulden des Unterrichters, so ist diesem gleichzeitig der Ersatz der durch die Verzögerung verursachten Schäden und Unkosten aufzutragen, §. 264 (344), und der Partei eine Frist zur Überreichung des Schadenverzeichnisses bei Verlust ihres Entschädigungsrechtes zu bestimmen (Hfd. v. 10. Mai 1784 Nr. 286, Hfd. v. 14. Nov. 1785 Nr. 494, §. 345 g. G. O.[4])

[4]) Das Gesetz vom 12. Juli 1872 R. 112 hat nur Anwendung, wenn die in dem Verfahren gegebenen Rechtsmittel der Partei keine Abhilfe gewähren.

Digitized by Google

Gegen die kassatorische Entscheidung des O. L. G. steht der Partei, welche sich beschwert erachtet, und dem Richter, soweit ihm Ersatz auferlegt wurde (Hfd. v. 22. April 1796 Nr. 293), Rekurs zu (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 619). Wird über Rekurs die Kassationsentscheidung des O. L. G. behoben, so ist zur Wahrung des Instanzenzuges dem Oberlandesgerichte die Erledigung der Appellation aufzutragen.

Wenn die Partei in der bestimmten Frist ihre Ersatzansprüche gegen den schuldtragenden Richter liquidirt, ist nach Einvernehmung desselben der Betrag des Ersatzes nach Recht und Billigkeit zu bestimmen (Hfd. v. 10. Mai 1784 Nr. 286).

2. Eine Nullität, welche nicht in der für die Appellation und Revision bestimmten Frist und in der Form dieser Rechtsmittel geltend gemacht, oder aus Anlaß einer Appellation oder Revision von Amtswegen wahrgenommen wird, gilt im Allgemeinen als sanirt. Ausnahmsweise ist eine remonstrative Nullitätsbeschwerde zugelassen, u. zw.: a) wenn der verhandelnden Partei die Prozeßfähigkeit mangelt; der Vertreter der Partei kann solange „als diese Unfähigkeit dauert" (§. 59 g. G. O.) die Nichtigkeit anzeigen, worüber von der ersten Instanz Erhebung zu pflegen, und sohin von jenem Gericht zu entscheiden ist, welches das letzte Urtheil in der Streitsache gefällt hat; — b) wenn eine Verhandlung über die Ungiltigkeit oder Trennung einer Ehe von einem Gerichte gepflogen wurde, welchem eine Gerichtsbarkeit über Rechtssachen dieser Art gar nicht zusteht, ist diese Verhandlung über Antrag der zur Anfechtung berechtigten Behörde (des kompetenten Ehegerichtes) als ungiltig aufzuheben, §. 48 J. N. — Die Kompetenz zur Verhandlung einer vor die Verwaltungsbehörde gehörigen, aber bei dem Zivilgerichte anhängig gemachten Sache kann derzeit von der zuständigen Verwaltungsbehörde nur zu einer Zeit in Anspruch genommen werden, „in welcher ein Spruch in der Hauptsache noch nicht in Rechtskraft erwachsen war" (§. 12, G. v. 18. April 1869 R. 44).

Digitized by Google

Die Geltendmachung der Nichtigkeit kann nicht ausgeschlossen werden in den Fällen: α) wo der Fehler auch durch Verzicht der Parteien nicht behoben werden kann, also das im Urtheil festgestellte Recht durch einen Vertrag nicht rechtsbeständig geschaffen werden könnte; β) wo der Nichtigkeitsgrund erst nach Verlauf der Rechtsmittelfrist hervortritt, oder der Partei bekannt wird. — Die Mittel, solche Nullitäten zur Geltung zu bringen, bestimmen sich nach der Sachlage. Es dient dazu der Rekurs gegen den Exekutionsbescheid, die Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundener Beweismittel, das Straf- und Disziplinarverfahren, die Klage auf Nichtigkeit der Entscheidung; damit bestimmt sich auch die zeitliche Begrenzung der Anfechtbarkeit.

§. 123.

III. Der Rekurs.*)

I. Neben der Nichtigkeitsbeschwerde und der Appellation und Revision gegen Beiurtheile und Endurtheile gestattete §. 267 a. G. O. bei gerichtsordnungswidrigen Bescheiden und Verordnungen eine Anzeige bei dem oberen Richter, welche in der Präklusivfrist von 14 Tagen anzubringen war, und den Oberrichter veranlaßte, die Sache von Amtswegen zu untersuchen, und den unteren Richter, beschaffenen Umständen nach, zur Verantwortung zu ziehen. Diese Anzeige gestaltete sich allmälig zu einem förmlichen Rechtsmittel,[1]) Rekurs genannt, welches gegen die in der Form des Bescheides erlassenen Verfügungen und Entscheidungen zusteht, gleichviel ob die Partei die Nullität oder Iniquität zu rügen Anlaß hat.

Der Rekurs ist nach der J. M. V. vom 28. August 1860 N. 205 gegen Bescheide der ersten und zweiten Instanz stets bei

*) Harrasowsky: Rechtsmittel 462. — J. Wessely, in der Themis N. F. 6. 1. — Wagners Zeitschr. 1843, II. 281.

[1]) §§. 349—355 g. G. O. Harrasowsky a. a. O. 463.

Digitized by Google

der ersten Instanz anzubringen, und der unmittelbar bei der höheren Instanz eingebrachte Rekurs von Amtswegen zurückzuweisen (§. 1); er ist einzubringen in der kontinuirlichen Frist von 14 Tagen, gegen einen Bescheid der Handelsgerichte in Merkantil-, Handlungs- und Wechselgeschäften in der Frist von 8 Tagen[2]) von der Zustellung des Bescheides; verspätete Rekurse sind von der ersten Instanz von Amtswegen zurückzuweisen (§. 2, 3). Der Rekurs ist in einfacher Ausfertigung zu überreichen (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 619) und darf neue Thatsachen und Beweise nur enthalten zur Ausführung einer Nullität (§. 264 [344]), oder wenn der Bescheid im Zuge der Exekution zur Sicherstellung ohne Vernehmung des Rekurrenten erflossen ist (§. 9 V. v. 18. Juli 1859 R. 130). Der erste Richter hat den Rekurs mit einer Abschrift des beschwerenden Bescheides (§. 200 Gr. J.), und ev. einer Abschrift der Aufzeichnung über die Abstimmung bei dem Kollegialgerichte (M. E. v. 7. November 1855 Z. 9671), und mit einem klaren und bündigen Bericht über den aktenmäßigen Sachverhalt, oder den diesen Sachverhalt umfassenden, der Berathung und Beschlußfassung in erster Instanz zu Grunde gelegten Aktenauszug (J. M. E. v. 18. Aug. 1858 Z. 16752) dem Obergericht, und wenn ein Bescheid des Obergerichtes in Frage steht, dieses Obergericht dem obersten Gerichtshof vorzulegen. Ist das Gericht mit der Vorlegung des Rekurses säumig, so kann die Partei unmittelbar bei dem höheren Gericht Abhilfe ansuchen (§. 4), sie kann aber auch schon bei der Überreichung des Rekurses eine Abschrift an die Rekursinstanz leiten.

Der Rekurs ist devolutiv; eine Änderung der beschwerenden Verfügung kann nicht vom judex gravans, sondern nur vom Obergericht erfolgen.[3]) Der Rekurs hat an sich keinen Suspensiveffekt, doch darf, wenn „eine Förmlichkeit des bei dem ersten

---

[2]) Nach §. 583 g. G. O. in der Frist von 3 Tagen.

[3]) Anders nach §. 9 des k. P. vom 9. August 1854 R. 208.

Digitized by Google

Richter noch im Zuge befindlichen Verfahrens" in Frage steht, bis zur Erledigung des Rekurses (Pat. v. 1. Juli 1790 Nr. 31, §. 351 g. G. O.), und selbst in der Frist zum Rekurs (Hfd. v. 29. November 1790 Nr. 88), wohl das Verfahren fortgeführt, nicht aber mit der Schöpfung des Urtheiles vorgegangen werden. Da weiter das Hfkzd. v. 2. März 1799 Nr. 459 dem „Rekurse im politischen Wege" aufhaltende Wirkung beilegt, wenn durch Vollzug des geschöpften Erkenntnisses der günstige Erfolg des Rekurses für den Rekurrenten ohne Frucht und Wirkung sein, oder der Partei unersetzlicher Nachtheil erwachsen würde, hat die Praxis zur Vermeidung von Verantwortung auch dem Rekurs in Justizsachen Suspensiveffekt beigelegt. Insoweit ein Bescheid zum Kostenersatz verpflichtet, ist zwangsweise Beitreibung des Kostenbetrages erst nach formeller Rechtskraft zulässig.

Ein außerordentlicher Rekurs gegen bestätigende Bescheide des Oberlandesgerichtes ist längst als zulässig anerkannt (A. h. E. v. 3. Juni 1826, und v. 11. Feber 1840 Nr. 408), wobei die Bestimmungen des Hfd. v. 15. Feber 1833 Nr. 2593 über a. o. Revision analog zur Anwendung gebracht werden. Wenn eine offenbare Schuld des Richters den Rekurs veranlaßt, so ist er zum Ersatz der der Partei verursachten Unkosten zu verpflichten (Hfd. v. 11. Sept. 1787 Nr. 716, §. 354 g. G. O.); der Ersatz ist, wie bei der Nullitätsbeschwerde dargestellt, zu liquidiren und festzustellen.

II. Mit Rücksicht auf diese Ausgestaltung der Anzeige zu dem förmlichen Rechtsmittel des Rekurses wurde die Zulässigkeit allmälig beschränkt. Es ist

1. Rekurs versagt gegen den Bescheid, mit welchem bei Versäumung einer Fallfrist Wiedereinsetzung bewilligt (Pat. v. 1. Juli 1790 Nr. 3), — das Ausbleiben bei einer Tagsatzung für entschuldigt erkannt (Hfd. v. 29. April 1846 Nr. 957 [4]), —

[4]) In der Ent. v. 20. März 1883, Spruchp. 1, 55, ist Rekurs auch gegen den Bescheid versagt, in welchem eine Tagsatzung zur Verhandlung der Frage, ob das Ausbleiben gerechtfertigt sei, angeordnet wird.

Digitized by Google

die Frist zur Klagebeantwortung gemäß §. 4 Pr. N. gekürzt wird;

2. außerordentlicher Rekurs ausgeschlossen gegen Konformatbescheide, mit welchen eine Verlängerung der Frist, oder Erstreckung der Tagsatzung bewilligt oder verweigert, und ein Fristgesuch als unzulässig abgewiesen wird [5]) (§. 16, 10 Pr. N.);[6])

3. selbstständiger Rekurs ausgeschlossen, also Beschwerde für den Rechtszug in der Hauptsache vorbehalten, wenn der Richter eine Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß durch Zeugen oder Sachverständige bewilligt (§. 17 Pr. N.), — wenn er Fragen der Partei an die Zeugen und Erinnerungen an die Sachverständigen zurückweist (§. 21 Nr. N.), — wohl auch, wenn er das Fragerecht durch ungebührliche Entfernung der Partei von der Beweisaufnahme vereitelt.

Der Natur der Sache nach ist Abhilfe durch das Obergericht ausgeschlossen, wenn der Richter jene Aufklärung der Streitsache sucht, welche er anzustreben berechtigt ist (§. 202 [274] G. O., ar. 77 H. G. B.).

Über den Rekurs gegen einen Bescheid des Oberlandesgerichtes als erste Instanz im Syndikats- und dem bezüglichen Rückersatzprozesse entscheidet der oberste Gerichtshof endgiltig, §§. 17 und 20 des G. v. 12. Juli 1872 R. 112.

IV. Die prozessualische Restitution.

§. 124.

Die Restitution im Allgemeinen.*)

Neben den Rechtsmitteln gegen Iniquität des Richters, und gegen eine wegen Verletzung des Gesetzes nichtige Verhandlung

[5]) Canstein: Lehrb. II. 205 schließt im Falle, wo ein Fristgesuch von Amtswegen zurückgewiesen wird, jeden Rekurs aus.

[6]) Die Bestimmung gilt auch bei Fristwerbung zur Rechtfertigung einer Pränotation, Ent. v. 27. November 1872, Sp. R. 31.

*) Wetzell 674. — Pratobevera: Mater. 6. 117. — Harrasowsky: Rechtsmittel 465. — Wagners Zeitschr. 1841, I. 65.

Digitized by Google

und Entscheidung gewährt die G. O. noch die Restitution für jene Fälle, wo das Verfahren oder die Entscheidung wohl dem Gesetze entspricht, aber doch den Prozeßzweck, die Feststellung des materiellen Privatrechtes, nicht erreicht. Die Ursache, aus welcher sich ein gesetzmäßiges Verfahren diesem Prozeßzweck entfremdet, liegt in einem das Privatrecht schädigenden Handeln oder Unterlassen der Partei im Zuge des Verfahrens, das Mittel zur Beseitigung des Nachtheiles in der Zulassung der Wiederaufnahme des Verfahrens zur Korrektur des nachtheiligen Handelns oder Unterlassens.

Die G. O. gestattet Restitution bei Ausfall einer Proceßhandlung (Versäumung einer Frist, oder einer Tagsatzung), und bei Versäumung der Geltendmachung von Thatsachen und Beweismitteln an jenem Orte, wo sie nach Prozeßrecht geltend zu machen waren. Dazu kam später die Restitution wegen Verschulden des Rechtsfreundes der Partei.

Die Restitution ist zugelassen nach dem Urtheile, welches die nachtheiligen Folgen des die Parteirechte schädigenden Handelns oder Unterlassens feststellt, sie ist aber auch zugelassen im Zuge des Verfahrens zur Vermeidung der Rechtsnachtheile. Die Nachtheile, welche aus einem strafgesetzwidrigen Verhalten im Prozesse oder mit Bezug auf denselben hervorgehen, werden vom Strafrichter, oder auf Grund der Entscheidung desselben vom Zivilrichter sanirt.

Die Wiedereinsetzung bei Versäumung einer Frist oder einer Tagsatzung wurde im §. 61, — die Bewilligung von Neuerungen für die Replik, Duplik und Schlußschrift im §. 89, die Bewilligung neuer, an Stelle der im Beiurtheile zugelassenen aber mittlerweile verstorbenen Zeugen im §. 110, die Bewilligung der Beweisführung zur Vermeidung falschen Eides im §. 49 ausgeführt. Darzustellen ist noch die Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel nach §. 372 (489), und wegen schlechter rechtsfreundlicher Vertretung.

Digitized by Google

§. 125.

Die Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel.

Dem Streittheil ist Wiedereinsetzung vorbehalten, wenn wider ihn ein Spruch ergangen ist, und er nach solchem erhebliche Beweismittel gefunden hat, die er vorhin nicht wissen oder nicht finden konnte §. 372 (489). Anzusuchen ist die Wiedereinsetzung bei dem für die Hauptsache zuständigen Richter erster Instanz, §. 375 (429) mit Klage (Res. v. 11. Sept. 1784 N. 335), über welche wie über jede andere Klage (Hfd. v. 30. Sept. 1785 Nr. 475, §. 493 g. G. O.) nach der für die Streitsache selbst maßgebenden Verfahrensart (Hfd. v. 4. Juni 1789 Nr. 1015) zu verhandeln ist. Zu verhandeln ist im Restitutionsprozeß lediglich über den Umstand, ob der Kläger die nun genannten Beweismittel vorhin nicht wissen, oder nicht finden konnte; das Neuauffinden ist nicht formell zu beweisen, sondern nur (allenfalls durch angebotenen Eid) glaubhaft zu machen;[1]) ausgeschlossen bleibt die Verhandlung über die Erheblichkeit der Beweismittel für die Streitsache[2]) und die Anbietung des Beweises durch die neu aufgefundenen Beweismittel (insbesondere die Einlegung von Weisartikeln für die neu ermittelten Zeugen, Hfd. v. 20. April 1792). Das Klagebegehren und das Urtheil hat genau zu bestimmen, welche Beweismittel als neu aufgefunden zugelassen werden; andere als diese Beweismittel dürfen im restituirten Prozeß nicht gebraucht werden.[3]) Der Restitutionsprozeß hemmt den Lauf der Justiz nicht; er hemmt nicht den weiteren Zug des Verfahrens, er hemmt nicht die Exeku-

---

[1]) Pratobeveras Mater. 6. 180. 7. 409; Nippel II. 382.

[2]) Ent. v. 28. Mai 1884, Spruchp. 2, 228: Die Erheblichkeit der neu aufgefundenen Zeugen hat im Restitutionsprozesse nur die Bedeutung, daß sie an und für sich für die Entscheidung der Hauptsache wichtig sind, denn darüber, ob sie dem Restitutionswerber zu einem günstigen Urtheil verhelfen, kann erst im Hauptprozeß entschieden werden.

[3]) Vergl. Wagners Zeitschr. 1839 II. 55: das Auffinden neuer Beweismittel sei lediglich Restitutionsgrund.

Digitized by Google

tion des bereits erflossenen Urtheils (Hfd. v. 25. Aug. 1783 Nr. 179, v. 14. Nov. 1785 Nr. 495, v. 15. Jänner 1787 Nr. 623).

Wird die Restitution unbedingt oder gegen Ablegung des Novitätseides bewilligt, so erlangt die Partei das Recht, von den im Urtheile bezeichneten Beweismitteln zur Herbeiführung einer Änderung des früheren Urtheils Gebrauch zu machen. Sie macht von dieser Erlaubniß Gebrauch in einer neuen Klage,[4]) für welche durch die Verjährungszeit eine zeitliche Grenze gezogen ist, und durch Aufforderung eine Befristung erwirkt werden kann, und in welcher gestützt auf die frühere Verhandlung,[5]) also ohne Wiederholung derselben, und gestützt auf die neuen Beweismittel die Abänderung des ergangenen Urtheils nachgesucht wird.

Gestattet ist die Restitution demjenigen, wider welchen ein Spruch ergangen ist, wenn er nach solchem erhebliche Beweismittel gefunden hat; — gestattet ist ihm die Restitution zu begehren, so lange sein Recht nicht verjährt ist, §. 373 (490). Beiderlei Bestimmungen gaben zu Zweifeln Anlaß.

Die Restitution ist auch zuzulassen, wenn Beweismittel wohl vor ergangenem Spruch, aber doch zu einer Zeit aufgefunden werden, in welcher sie dem Verfahren durch Neuerungsbewilligung nicht mehr eingefügt werden können. Es wäre in diesem Falle nicht unrichtig, die Restitution noch vor dem Urtheil zuzulassen,[6]) doch erscheint das minder angemessen, weil zu dieser Zeit die Sachfälligkeit (laesio) noch nicht feststeht.[7])

Die Restitution ist zuzulassen gegen ein Kontumazurtheil, weil durch die Ungehorsamsbeschuldigung nur jenes ausgeschlossen wird,

---

[4]) Anders Canstein: Lehrb. II. 196 unter Berufung auf Hfd. vom 20. April 1792, es genüge ein Beweisantretungsgesuch.

[5]) Unter fortdauernder Kraft der Geständnisse, Zeugenbeweise, Eide u. s. w.; Klein: Schuldhafte Parteihandlung S. 167.

[6]) G. U. 823, 2612 (anders 131, 779).

[7]) Nippel II. 384.

Digitized by Google

was vorgebracht werden konnte[8]); sie ist zuzulassen gegen ein noch dem Rechtsmittel unterliegendes Urtheil, weil in der Rechtsmittelinstanz neue Beweismittel ausgeschlossen sind. Gegen ein Beiurtheil auf Zeugen ist die förmliche Restitution nicht nothwendig, soweit es sich lediglich um Substituirung neuer an Stelle der zugelassenen verstorbenen Zeugen handelt. Gegen Urtheile auf Eid werden neue Beweismittel zur Verhinderung falschen Eides zugelassen; der abgelegte Eid ist der Überprüfung des Zivilrichters entzogen (s. §. 94). Das Urtheil mit welchem dem Provokaten ewiges Stillschweigen auferlegt wird (s. §. 128), schließt die Geltendmachung des gerühmten Rechtes schlechthin aus.[9])

Der Sachfällige ist Restitution zu begehren befugt, so lange sein Recht nicht verjährt ist. Da das Recht auf Restitution nicht einer besonderen Verjährung unterstellt ist,[10]) und das Recht aus dem Urtheil, welches durch die Restitution eine Änderung erleiden soll, nicht des Restitutionswerbers Recht ist,[11]) die Klage auf Restitution auch nicht als Entschädigungsklage nach §. 1489 b. G. B. behandelt werden kann, erscheint die Verjährung des Rechtes maßgebend, welches mittels der Restitution zur Geltung gebracht werden soll[12]). Diese Verjährung kann sohin nicht als Vorfrage für die Bewilligung der Restitution im judicium

---

[8]) Besch. v. 28. December 1860, Jud. B. 35. — Submission ist Anspruchsgeständniß und dieses durch neu ermittelte Beweismittel nicht anfechtbar. (Anders G. U. 6888).

[9]) Haimerl: Wagners Zeitschr. 1845, III. 170.

[10]) Anders Pratobevera: Mater. VI. 181, er nimmt die vierjährige Restitutionsfrist des gemeinen Rechtes (Wetzell 691) als entscheidend an; vergl. Hfd. v. 5. Juni 1795 Nr. 234, welches bestimmt, daß sich bei der Restitution „nach gemeinen Rechten zu benehmen sei".

[11]) Anders Canstein: Lehrb. II. 194, er nimmt eine dreißigjährige Verjährung von der formellen Rechtskraft des Urtheiles an.

[12]) Canstein: Das Zivilprozeßrecht 1885 S. 401: „so lange das Klagerecht des Hauptanspruches nicht verjährt ist".

Digitized by Google

rescindens zur Verhandlung und Entscheidung gelangen, sondern erst im judicium rescissorium erledigt werden.

§. 126.

Die Restitution wegen schlechter rechtsfreundlicher Vertretung.

Die G. O. §. 374 (491) erklärt, daß die Berechtigung, wider einen Dritten seine Schadloshaltung zu begehren, und bei ihm sich erholen zu können, die Wiedereinsetzung nicht ausschließe; sie hält aber an dem Grundsatz vollständiger Repräsentation der Partei durch den Prokurator fest. Es bestimmt aber schon das Hfd. v. 6. Oktober 1785 Nr. 477, daß, „wenn die Partei wider den Rechtsfreund sich in Ansehung der durch ihn verursachten Verkürzung nicht erholen könnte", Restitution zu bewilligen, der Rechtsfreund aber von dem stallo agendi auszuschließen sei. Das Pat. v. 1. Juli 1790 Nr. 31 läßt die durch das Benehmen des Rechtsfreundes verkürzte Partei ohne Einschränkung zur Restitution zu und verordnet, daß der Rechtsfreund nicht mit dem Verlust der Vertretungsbefugniß, sondern nach Beschaffenheit der erhobenen Umstände zu bestrafen, und zum Ersatze der beiderseitigen Gerichtskosten zu verhalten sei. Dazu bestimmt das Hfd. v. 19. Dezember 1801 Nr. 545, daß die Wiedereinsetzung wegen jeder, aus dem Benehmen des Rechtsfreundes entstandenen Verkürzung, folglich auch wegen jener Verkürzung zu bewilligen sei, welche aus einem durch die schlechte Vertretung veranlaßten widrigen Urtheil entsteht. [1])

Es steht also der Partei, welche ohne ihr Verschulden, aber durch verschuldete Versäumung, oder einen anderen Fehler ihres Rechtsfreundes, [2]) (durch ein Handeln gegen die Instruktion, oder gegen die Pflichten eines fleißigen und umsichtigen Advokaten

[1]) Harrasowsky: Rechtsmittel 465.

[2]) Über den Mangel eines Aktes der Gesetzgebung für diese weite Restitution Johanny: Die Restitution wegen schlechter Vertretung in der Ger. Halle 1876: 69, 71.

Digitized by Google

überhaupt) benachtheiligt ist, Restitution zu. Sie hat nicht statt, wenn vorher fruchtlos die Wiedereinsetzung wegen Versäumung einer Frist oder Tagsatzung angestrebt wurde;[3]) sie hat nicht statt bei schlechter Vertretung durch einen Nichtadvokaten,[4]) durch einen ausländischen Advokaten,[5]) oder durch den Richter.[6]) Die Klage auf Restitution ist bei dem für die Hauptsache zuständigen Richter erster Instanz gegen den Prozeßgegner[7]) zu erheben binnen 14 Tagen von jenem Tage ab, an welchem der verkürzten Partei die Verordnung oder das Urtheil kundgemacht (Hfd. v. 19. Dezember 1801), d. h. zugestellt, oder bei Zustellung an den Advokaten bekannt wurde. Zu begründen ist die Klage mit dem Nachweis eines informations- oder pflichtwidrigen Handelns oder Unterlassens des Advokaten, und um Restitution in jenes Prozeßstadium zu bitten, in welchem die nachtheilige Handlung oder Unterlassung liegt. Die Klage hemmt den Hauptprozeß, und die Exekution des da ergangenen Urtheiles nicht (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 623); sie ist in dem für die Hauptsache bestimmten Verfahren zu verhandeln. Wird auf Restitution erkannt, so ist der schuldtragende Advokat zu dem Ersatz der beiderseitigen Gerichtskosten zu verhalten, und nach Beschaffenheit der erhobenen Umstände noch besonders zu bestrafen (Pat. vom 1. Juli 1790). Die Bestrafung fällt derzeit dem Disziplinarrath der Advokatenkammer zu; die Verpflichtung zum Ersatz der Prozeßkosten ist jedenfalls von einem Antrag der Partei und einem Verschulden des Advokaten abhängig, und kann füglich nur erfolgen, nachdem der Advokat gehört ist, wozu in dem die Streitsache betreffenden Restitutionsverfahren kein Raum ist, und zureichender Raum auch

---

[3]) G. U. 2842
[4]) G. U. 4481, 4841.
[5]) G. U. 6554.
[6]) G. U. 5119.
[7]) Canstein: Lehrb. II. 197: „und gegen den früheren Prozeßvertreter"

Digitized by Google

nicht geschaffen werden kann, weil die Kosten des judicium rescindens und des noch bevorstehenden judicium rescissorium in Frage kommen. Den Parteien erscheint sonach gesetzlich lediglich ein Regreßrecht gegen den Advokaten gewahrt.[8])

---

[8]) Die Ent. v. 30. Sept. 1884. Jur. Bl. 1885: 7 geht, wie andere Entscheidungen davon aus, daß über die Verpflichtung des Advokaten zum Kostenersatz schon im Restitutionsprozeß zu erkennen sei.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die besonderen Verfahrungsarten.

I. Abschnitt.

Besondere Verfahrensarten der Gerichtsordnung.

I. Der Aufforderungs- und Rechnungsprozeß.

§. 127.

Die Aufforderung im Allgemeinen.

Zu Folge des Dispositionsprinzipes ist die Verfolgung von Ansprüchen dem Ermessen des Berechtigten überlassen. Veranlaßt wird der Berechtigte zur Rechtsverfolgung durch die Sachlage. Eine Nöthigung zu klageweiser Verfolgung begründet die zivilrechtliche Verjährung, die gesetzliche Befristung eines Rechtes, [1]) und die prozessualische Befristung eines Antrages, so die Befristung der Klage zur Rechtfertigung eines Arrestes, eines Verbotes, §§. 281, 290 (372, 384), einer grundbücherlichen Vormerkung (§§. 42, 43 Gb. O.), die Befristung der Erbrechtsklage im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung (§. 125, Kais. P. v. 9. August 1854 R. 208), die Befristung der Klage des Fischereiberechtigten auf Anerkennung des Rechtes an einem gerichtlich hinterlegten Pachtschilling bei der zu Folge landesgesetzlicher Regelung der Binnenfischerei erfolgten Verpachtung eines Fischwassers (§ 3, G. v. 25. April 1885 R. 58).

Eine Aufforderung zur Wahrung von Rechten ist im Allgemeinen nicht geboten; niemand ist berechtigt, Dritte mit irgend welchem Präjudiz zur Geltendmachung von Rechten zu ver-

[1]) Unger: System II. 275 Grawein: Verjährung und gesetzliche Befristung.

Digitized by Google

anlassen (Hfd. v. 28. Dezember 1791 Nr. 234); niemand ist befugt, den Gegner speziell zur Einklagung eines Rechtes zu verhalten. §. 65 (60). Von diesen Sätzen bestehen Ausnahmen.[2])

a) Das Gesetz gebietet bez. gestattet eine öffentliche Aufforderung unbekannter Interessenten zur Anmeldung von Ansprüchen. Die Aufforderung ergeht bald über Antrag, bald von Amtswegen; die Nichtbeachtung der Aufforderung begründet mannigfache Nachtheile. Fälle einer solchen öffentlichen Aufforderung sind: 1. die Gläubigerkonvokation bei der Verlassenschaftsabhandlung (§. 813 b. G. B., §§. 133—136 Kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 R. 208); — 2. die Konvokation der Gläubiger und Erbschaftsinteressenten vor Ausfolgung des Nachlasses eines Ausländers (§. 137 Pat. vom 9. August 1854); — 3. die Aufforderung behufs Löschung alter Grundbuchseinträge (§. 118 Gb. O., und §. 2 Ges. v. 28. März 1875 R. 37); — 4. die Aufforderung vor der Devinkulirung von Notariatskautionen (vgl. §§. 22—30 Not. O.); — 5. die Aufforderung bei Einziehung alter Depositen (Hfd. v. 30. Oktober 1802 Nr. 582, und v. 6. Jänner 1842 Z. 39758); — 6. die Gläubigerkonvokation vor Rückzahlung von Aktienkapital (ar. 243 H. G. B.); — 7. die Aufforderung bei Amortisirung von Werthpapieren (vgl. ar. 73 W. O.); — 8. die Aufforderung vor der Übertragung von Grundstücken in die Eisenbahneinlage (§. 22 G. v. 19. Mai 1874 R. 70);

b) Das Gesetz gebietet eine spezielle Aufforderung zur Rechtswahrung 1. bei Verkauf von Liegenschaften; — 2. bei beabsichtigter lastenfreier Trennung eines Theiles vom Grundbuchskörper (§. 3 G. v. 6. Feber 1869 R. 18); — 3. bei Rückzahlung von Grundkapital einer Aktienkommanditgesellschaft (ar. 202, 203 H. G. B.);

c) Das Gesetz gebietet bez. gestattet ausnahmsweise eine Aufforderung zur Klage. Die Aufforderung ergeht:

---

[2]) Menger: System §. 20.

Digitized by Google

1. an eine Mehrheit (Edikt), u. zw. a) bei Eröffnung des Konkurses (§. 67 Z. 5. Kon. O.). Die Anmeldung von Konkursansprüchen erfolgt derzeit zunächst in nicht kontiöser Weise (§. 103 f.), sobald jedoch die angemeldete Forderung oder die für sie in Anspruch genommene Rangordnung bei der Liquidirungstagfahrt bestritten wird, ist Klage gegen die Bestreitenden zu erheben (§. 124 f.), widrigens die Forderung bei der Vertheilung der Masse unberücksichtigt bleibt. Liquidirungsprozesse, nicht auch Prozesse über Ansprüche, welche der Anmeldung im Konkurse nicht unterliegen (§. 137 f.), folgen den Vorschriften über das ordentliche V. (§. 131 Kon. O.); b) im Falle der Anlegung Ergänzung, Wiederherstellung oder Veränderung von Grund- und Bergbüchern. Die Aufforderung ergeht an die Tabularinteressenten zunächst zur Anmeldung und außerstreitigen Verhandlung über den Bestand und Rang der dinglichen Rechte, soweit aber eine Einigung nicht erzielt wird, zur Austragung der Rechte im Prozeßwege binnen bestimmter Frist (§§. 9, 10, 15, 16 G. v. 25. Juli 1871 R. 96). In gleicher Weise ist vorzugehen bei der Anlegung der Bücher für alte Eisenbahnen, soweit ein die ganze bücherliche Einlage belastendes Recht in Frage kommt (§. 16. G. v. 19. Mai 1874 R. 70);

2. an eine Person zur Einbringung einer bestimmten Klage. Eine solche Aufforderung ist gestattet bei Berühmung, bei einem vorzunehmenden Bau §. 65 (60), und behufs Erledigung einer Rechnung, §. 100 (165).

§. 128.

Die Aufforderung bei einer Berühmung.*)

I. Die Aufforderung bei Berühmung (provocatio ex lege Diffamari, d. i. lex 5 Cod. de ing. manu. 7. 14, obwohl deren Grundlage nicht diese lex ist) ist bedingt

*) Wetzell 104. — Menger: System 256. — Randa: Besitz 95.

Digitized by Google

1. von einer Behauptung des Diffamanten, daß ihm gegen den Diffamirten ein Anspruch zustehe, sofern sie absichtlich und entweder vor Dritten (vielen oder wenigen) oder sonst in bedrohlicher oder nachtheiliger Weise erfolgt — Berühmung. Die Berühmung kann also mit „Worten oder Handlungen" geschehen (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621). Es fehlt der Charakter der Berühmung einfachen Mahnbriefen, der Zusendung von Rechnungen; er kommt zu einer Mahnung mit Drohung oder Injurien, speziell dem Ansuchen um Erlassung eines gerichtlichen Mahnbefehles, dem Ansuchen um Bewilligung einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß, der Anmeldung einer Forderung im Konkurse, [1]) zur Verlassenschaftsabhandlung und bei der Meistbotsvertheilung; [2]) der Zurückbehaltung einer Dienstkaution wegen angeblicher Ersatzansprüche, [3]) der Anmeldung eines angeblichen Eigenthumes zur Verhinderung der Ausfolgung eines gerichtlichen Erlages; [4])

2. von der Klagbarkeit des gerühmten Rechtes; nicht erforderlich erscheint, daß das Recht auch schon derzeit klageweise verfolgbar sei;

3. von der Statthaftigkeit, den Diffamanten zur Erhebung der Klage zu nöthigen. Es kann nicht aufgefordert werden a) der Inhaber einer Sache zur Erhebung der Eigenthumsklage, weil die r. v. voraussetzt, daß der Kläger die Sache nicht habe; wohl aber kann der Inhaber, und nur dieser zur Eigenthumsklage aufgefordert; b) der Besitzer des gerühmten Rechtes zur Angabe des Titels (§§. 323, 324 b. G. B., Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621, §. 62 g. G. O.).

[1]) Ent. v. 7. März 1878, Sp. R. 98.

[2]) Jurist. Bl. 1881: 4.

[3]) Ent. v. 19. März 1884, Jur. Bl. 1884: 16.

[4]) Ent. v. 5. Dezember 1884, Ger. H. 1885: 37. — Der Verwalter, welcher in der gelegten Rechnung ein Guthaben behauptet, kann nicht wegen Berühmung aufgefordert werden, sondern es ist die gelegte Rechnung zu bemängeln; Cassationsentsch. v. 22. Sept. 1885, Jur. Bl. 1885: 46.

Digitized by Google

Das Recht zur Aufforderung entspringt nicht aus einem Delikte,[5]) nicht aus einem obligatorischen Verhältnisse, sondern erscheint als prozessualischer Antrag zum Zwecke der Vertheidigung, indem der Provokant davon ausgeht, daß der Gegner eine wirksame Klage nicht habe.[6]) Die prozessualische Berechtigung zum Antrage übergeht nicht auf die Erben.

II. Die Aufforderung erfolgt mit Klage, in welcher die Berühmung ausgeführt, und um den Auftrag gebeten wird, der Aufgeforderte habe das gerühmte Recht klageweise auszuführen, widrigens ihm diesfalls ewiges Stillschweigen auferlegt würde, §§. 66, 67 (61, 63). — Im Klagebescheide wird dem Provokaten anheimgestellt, die ihm angeschuldigte Berühmung zu beantworten oder seine Klage einzubringen bei Vermeidung der Präklusion des gerühmtes Rechtes, §. 68 (64).

Die Aufforderungsklage verweist §. 31 J. N. vor das für die aufgeforderte Klage zuständige Gericht. Daraus folgt wohl, daß über die Aufforderungsklage jenes Verfahren einzuleiten ist, welches für die aufgeforderte Klage einzuleiten wäre, zumal die G. O. (§. 15) nicht entgegensteht;[7]) selbst der §. 1 Bag.-V. schließt den Ausspruch der Präklusion der bezüglichen Ansprüche nicht aus. Der Richter wird also über die Aufforderungsklage entweder die normale Frist zur Erstattung der Einrede vorschreiben, §. 69 a. G. O., oder Tagsatzung zum mündlichen, summarischen, oder Bagatell-Verfahren auf eine der Einredefrist entsprechende Zeit (§. 65 g. G. O.) anordnen.

Wenn nun der Provokat

---

[5]) Muther: Diffamationsklage in den Jahrbüchern f. d. R. II. §§. 16—21 aus der kulposen Verletzung der „ökonomischen Ehre".

[6] Wetzell, 108, 110.

[7]) Anders Canstein: Lehrb. II. 581, es sei immer schriftlich zu verfahren; so auch die Ent. v. 16. Feber 1882, Juriſt. Bl. 1882: 14.

Digitized by Google

1. die Frist bez. den Termin versäumt, so ist ihm im Ungehorsamsverfahren ewiges Stillschweigen aufzulegen (Hfd. vom 15. Jänner 1787 Nr. 620, §. 71 [67]; [8])

2. rechtzeitig die aufgeforderte Klage einbringt, so ist über den Bestand des gerühmten Rechtes zu verhandeln und zu entscheiden, dabei aber auf die Auflage des Stillschweigens Bedacht zu nehmen §. 70 (66). [9]) Zu erinnern ist, daß §. 31 J. N. für diese Klage dem Provokaten das Wahlrecht zwischen mehren Gerichten wahrt;

3. die Aufforderungsklage bestreitet, also die Berühmung, oder die Zulässigkeit der Nöthigung zur Klage negirt, ist über den Bestand dieser Verpflichtung zu verhandeln und mit Urtheil zu erkennen. Wird im Urtheile α) die Aufforderungsklage abgewiesen, so endet das Verfahren; wird aber β) die Aufforderung für gesetzmäßig erkannt, so ist eine neue Frist (und zw. gemäß §. 69 a. G. O., vergl. §. 66. g. G. O.) für die aufgeforderte Klage zu bestimmen, und nach deren Verlauf dem Provokaten, wenn er die aufgeforderte Klage nicht eingebracht hat, nicht über Ungehorsamsbeschuldigung mit Urtheil, sondern über Exekutionsgesuch mit Bescheid Stillschweigen aufzuerlegen.

III. Als Berühmung, die zur Aufforderung berechtigt, ist gesetzlich genannt:

1. die neuerliche Vormerkung eines bereits Mangels Justifizirung gelöschten Rechtes (§. 48 Gb. O.);

2. die Nichteinwilligung der Verwaltungsbehörde in die Einantwortung des Nachlasses eines rechnungspflichtigen Beamten

---

[8]) Die Folge der Auflage ewigen Stillschweigens ist Präklusion; Geld- und Arreststrafen erscheinen zur Erwirkung ewigen Stillschweigens nicht geeignet. Anders Canstein: Das Zivilprozeßrecht 1885 S. 181.

[9]) Rechtsfolge der Auflage des ewigen Stillschweigens ist die Ausschließung der Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundener Beweismittel, s. §. 125.

Digitized by Google

(Hfd. v. 6. März 1789 Nr. 984, und §. 156 Kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 R. 208);

3. die Androhung oder Verhängung der Abnahme eines gepachteten Staatsgutes, in welchem Falle binnen 45 Tagen der Fiskus aufzufordern ist (Pat. v. 31 Dez. 1800 Nr. 514; jetzt wohl veraltet);

4. die Entscheidung des Gewerbegerichtes (§. 71, G. vom 14. Mai 1869 R. 63), und die Entscheidung des schiedsgerichtlichen Ausschusses einer Gewerbegenossenschaft (§. 123 Gew. O., s. §. 62);

5. das Ersatzerkentniß der Verwaltungsbehörde gegen rechnungspflichtige Beamte. Steht Jemand in Folge seiner Amtsstellung mit dem Ärar in Verrechnung, so wird der administrative Rechnungsprozeß durchgeführt, also zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Rechnungsleger Bemängelung und Erläuterung gewechselt, und sohin von der Verwaltungsbehörde die Enderledigung (Defekten-Resolut) herausgegeben, gegen welche dem Rechnungsleger kumulativ zusteht: der Weg der Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde, und der Weg der Aufforderungsklage. Die Klage ist binnen 6, oder wenn der Rechnungsleger in einer andern Provinz wohnt, binnen 12 Wochen (Pat. v. 16. Jänner 1786 Nr. 516, gegen Ersatzerkenntnisse der Militärbehörde binnen 2 Monaten, [10]) Ent. des obersten Militär-G. H. v. 25. April 1855

---

[10]) In Betreff der Anfechtung der Ersatzerkenntnisse der Militärbehörden steht eine Aenderung in Aussicht. Die von der Reichskriegsverwaltung eingeleitete Regulirung der Vorschriften über das Verfahren bei Aufrechnungsbedeckungen, Passirungen und Ersatzverhandlungen veranlaßte die Regierung zur Vorlage eines Gesetzentwurfes (Z. 104, — Bericht des Justizausschusses Z. 157 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, X. Session), durch welche die Wirkungen und die Anfechtbarkeit der von den Behörden des stehenden Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr gefällten Ersatzerkenntnisse für beide Reichshälften nach gleichen Grundsätzen festgestellt werden sollen.

Digitized by Google

F. 400) von der Zustellung der Finalerledigung anzubringen,

Die Gesetzvorlage bestimmt zunächst, daß dem administrativen Ersatzverfahren nur jene Personen, welche im Dienstverbande des stehenden Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr stehen und nur bezüglich des durch Verletzung von Dienstpflichten verursachten Schadens unterliegen (§. 1) Das gegen die genannten Personen von einer Behörde des stehenden Heeres, der Kriegsmarine oder der Landwehr auf administrativem Wege gefällte Ersatzerkenntniß kann der Ersatzpflichtige anfechten. Die Art der Anfechtung ist zweifach gestaltet.

1. Der Regel nach soll auch fortan das administrative Verfahren nur als Versuch der Feststellung des Ersatzes gelten und wenn sich der Ersatzpflichtige mit dem Administrativerkenntnisse nicht begnügt, die Klägerrolle vor Gericht dem Ärar zufallen, doch soll die Nöthigung des Ärars zur klageweisen Geltendmachung des Ersatzanspruches nicht mehr auf dem umständlichen Weg eines Aufforderungsprozesses, sondern durch Einsprache des Ersatzpflichtigen begründet werden. Es steht dem Ersatzpflichtigen zu, das Ersatzerkenntniß durch die im administrativen Wege zulässigen Rechtsmittel anzufechten, oder gegen das Ersatzerkenntniß erster oder höherer Instanz binnen zwei Wochen nach dem Tage der Zustellung bei der Behörde, „welche das Erkenntniß gefällt hat", Einsprache zu erheben, welche die Verweisung der im Erkenntnisse zugesprochenen Ersatzforderung auf den ordentlichen Rechtsweg bewirkt (§. 3). Die Ersatzklage des Aerars ist bei dem nach der Jurisdiktionsnorm zuständigen Gerichte anzubringen und nur durch die zivilrechtliche Verjährung zeitlich begrenzt. Die Frist zur Einsprache ist nur mit Zustimmung des Gegners verlängerbar; bei Versäumung kann Wiedereinsetzung „nach den allgemeinen zivilprozessuellen Bestimmungen (!) ertheilt werden". Nach Ablauf der Frist zur Einsprache ist das administrative Ersatzerkenntniß in Beziehung auf seine Vollstreckbarkeit (nicht in Betreff der materiellen Rechtskraft) einem rechtskräftigen gerichtlichen Urtheile gleichzuachten (§. 8), also gerichtlich exequirbar. Während der Dauer der Anfechtbarkeit im administrativen Instanzenzuge oder durch Einsprache kann bei dem zuständigen Gerichte Exekution zur Sicherstellung erwirkt werden. Die Zulässigkeit der Bewilligung der sicherstellungsweisen Exekution entfällt, auch ist eine bereits bewilligte Exekution zur Sicherstellung zu beheben, wenn bei Einsprache gegen das administrative Erkenntniß nicht binnen drei Monaten nach dem Tage der erhobenen Einsprache von dem Aerar die Ersatzklage bei dem zuständigen Gerichte angebracht wird (§. 7).

Digitized by Google

widrigens bei unterlassener Klage, Beschwerde, diese Erledigung gerichtlich exequirbar wird.[11])

2. Ausnahmsweise hat der Ersatzpflichtige den ordentlichen Rechtsweg mit Klage zu betreten, um die gänzliche oder theilweise Aufhebung des administrativen Erkenntnisses zu bewirken, u. zw. wenn α) der zu ersetzende Schade in einem Abgange an dem urkundlich festgestellten Bestande an barem Gelde, Werthpapieren oder Vorräthen besteht und β) die Verurtheilung zum Ersatze gegen eine solche Person erfolgt, welche sich nach der durch eine sorgfältige Untersuchung des Sachverhaltes gewonnenen Überzeugung der entscheidenden Behörde einer nach dem Strafgesetze zu ahndenden Handlung oder einer Verletzung derjenigen Dienstpflichten schuldig gemacht hat, welche ihr in Beziehung auf die Verwaltung, Einnahme, Ausgabe, Erhebung, Ablieferung oder den Transport der abgehenden Gegenstände obliegt. Nicht vorausgesetzt ist also, daß die nach dem Strafgesetz zu beurtheilende Schuld oder die Verletzung einer Dienstpflicht durch ein Straf-, bez. Disziplinarerkenntniß festgestellt sei. Die Anfechtungsklage hat der Ersatzpflichtige nach Erschöpfung des administrativen Rechtszuges binnen drei Monaten nach der Zustellung des endgiltigen administrativen Erkenntnisses bei jenen Gerichtshof erster Instanz anzubringen, bei welchem oder in dessen Sprengel er zur Zeit der bezeichneten Zustellung seinen allgemeinen persönlichen Gerichtsstand hatte (§. 2). Die Frist zur Anfechtungsklage kann nur mit Zustimmung des Gegners verlängert, es kann bei Versäumung derselben Wiedereinsetzung nach den allgemeinen zivilprozessuellen Bestimmung ertheilt werden (§. 4). Während der Dauer der Anfechtbarkeit des Administrativerkenntnisses kann bei dem zuständigen Gerichte Exekution zur Sicherstellung erwirkt werden (§. 7); wird das Erkenntniß nicht rechtzeitig angefochten, so ist es gerichtlich exequirbar (§. 8). Die Anfechtungsklage ist ausgeschlossen, wenn eine Ersatzleistung in einem rechtskräftigen Strafurtheile auferlegt wurde (§. 2).

Die dargestellten Anordnungen über die Art (und die Wirkung) der Anfechtung administrativer Ersatzerkenntnisse sollen auch in jenen bereits anhängigen Fällen eines administrativen Verfahrens Anwendung finden, in denen zur Zeit des Beginnes der Wirksamkeit des Gesetzes das endgiltige Erkenntniß dem Verurtheilten noch nicht zugestellt worden ist (§ 9).

Die Gesetzvorlage statuirt weiter belangreiche Änderungen des gerichtlichen Verfahrens. In dem über die Ersatzklage des Ärars, bez. über die Anfechtungsklage des Ersatzpflichtigen eingeleiteten Rechtsstreite kann das Gericht zur Aufklärung des Sachverhaltes auf Antrag oder von Amtswegen die Mittheilung der Akten über die bei der

Digitized by Google

IV. Die auf Gewohnheitsrecht beruhende, auf lex 28 Dig. de fideijussoribus 46. 1 zurückgeführte provocatio ex lege Si

betreffenden Behörde des stehenden Heeres, der Kriegsmarine oder der Landwehr im Straf-, Disziplinar- oder Administrativverfahren gepflogenen Verhandlungen begehren und die Vernehmung derjenigen Personen anordnen, welche über die durch den Streit berührten dienstlichen Verhältnisse Auskunft zu geben in der Lage sind. Das Recht der Parteien zur Einsicht der erhobenen Akten und zur Erhebung von Abschriften davon wird als durch §. 238 der Gerichtsinstruktion anerkannt betrachtet. Entschließt sich das Gericht von Amtswegen zur Erhebung der Akten oder zur Vernehmung von Personen, so ist, wie im Falle der Ausführung, der Artikel 77 und 79 des Handelsgesetzbuches, zu verfahren (s. §. 102, I). „Bei der Entscheidung von Thatfragen ist das Gericht an gesetzliche Beweisregeln nicht gebunden und hat nach seiner freien, auf Grund der gewissenhaften Prüfung des Beweismateriales gewonnenen Überzeugung zu erkennen" (vergl. §. 71).

„Ist in einem über die Ersatzklage des Ärars eingeleiteten Rechtsstreite der Beweis über die Größe eines Schadens oder über den Antheil, der dem Beklagten an dem Schaden zufällt, gar nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten zu führen, so kann das Gericht, wenn es die Überzeugung gewinnt, daß der Beklagte eine solche Verletzung seiner Dienstpflicht begangen hat, welche einen Schaden herbeiführen mußte, den zu ersetzenden Schaden nach seinem durch die sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen der Billigkeit gemäß bestimmen" (§. 6; vergl. damit §. 63 Bag. V.). Der Schätzungseid wird durch diese Anordnung nicht ausgeschlossen. In Prozessen über Anfechtungsklagen der Ersatzpflichtigen ist eine solche Entscheidung nach Billigkeit ausgeschlossen, weil angenommen wird, daß in diesen Fällen der Umfang und der Antheil an dem Schaden sich leicht werde feststellen lassen.

Diese das gerichtliche Verfahren ändernden Bestimmungen sind auch in denjenigen Rechtsstreitigkeiten anzuwenden, in welchen die Heeres-, beziehungsweise Kriegsmarine- oder Landwehrverwaltung die ihr durch ein administratives Erkenntniß zugesprochene Ersatzforderung auf Grund der bisher bestandenen Anordnungen geltend macht, sofern das Verfahren nicht schon zur Zeit des Beginnes der Wirksamkeit dieses Gesetzes in erster Instanz zum Zwecke der in der Hauptsache oder wegen Zulassung eines Beweismittels zu fällenden Entscheidung geschlossen war (§ 9).

[11]) Ähnliches galt früher für herrschaftliche Restzettel. Vergl. §. 71 g. G. O.

Digitized by Google

contendat,[12]) mittelst welcher der Provokat zur Ausklagung verhalten wird, wenn durch längeren Klageaufschub eine Einrede gefährdet erscheint, ist der G. O. unbekannt.

§. 129.

Die Aufforderung bei einem vorzunehmenden Bau.*)

I. Wer einen (Neu-, Zu-, Um-) Bau, oder eine wesentliche Änderung eines bestehenden Gebäudes (besonders das Einreißen) beabsichtigt,[1]) hat bei der Baubehörde erster Instanz[2]) unter Vorlegung des Planes in duplo um baupolizeilichen Konsens anzusuchen. Die Baubehörde hat zur Prüfung der Zulässigkeit des Baues eine Kommission an den Ort, wo der Bau vorgenommen werden soll, abzuordnen, dazu den Bauherrn, den Bauführer, und die betheiligten Anrainer, über Verlangen auch sonstige Interessenten, gegen deren Widerspruch der Bauführer sich sichern will, vorzuladen.

Bei dieser kommissionellen Verhandlung haben die Besitzer der durch den beabsichtigten Bau gefährdeten Rechte ihre Einwendungen geltend zu machen, widrigens sie den possessorischen und petitorischen Schutz der mit dem genehmigten Bau nicht verträglichen Rechte, nicht auch den Anspruch auf Entschädigung verlieren. Gleichgiltig ist dafür, ob die geladenen Besitzer erschienen sind oder nicht. Nicht geladene Interessenten werden in ihren Rechten nicht berührt; sie können Erneuerung der Baukommission verlangen, oder dem Bau mittelst Klage (auch im summar. Besitzstörungsverfahren) entgegentreten.

---

[12]) Wetzell 111.

*) Randa: Besitz 1879 S. 195. — Kaleffa, im Jurist 19, 203. — Menger: System 258.

[1]) Ulbrich: Staatsrecht 1882 S. 518.

[2]) Vergl. die Landesgesetze im XIV. Band der Manz'schen Gesetzausgabe.

Digitized by Google

Die Einwendungen sind im Ausgleichswege beizulegen, und wenn das mißlingt, ist über die Einwendungen des öffentlichen Rechtes nach der Bauordnung zu entscheiden, die privatrechtlichen Einwendungen aber sind der Erledigung im Zivilrechtswege zuzuweisen (§. 72 g. G. O.).

Werden privatrechtliche Einwendungen dem Zivilrechtswege vorbehalten, so kann der Bauführer nach §. 72 (73) bei der Realinstanz des Baugrundes gegen jene, welche Einspruch erhoben haben, eine Aufforderungsklage anbringen[3]) und bitten, es sei ihnen aufzutragen, ihre Rechte gegen den Bau nach dem der Klage beigeschlossenen Plane auszuführen bei sonstiger Präklusion. Das weitere Verfahren gestaltet sich wie bei der Aufforderung bei Berühmung; insbesondere ist auch die Bestreitung der Aufforderungsklage zulässig, wenn der Provokat im Besitze jenes Rechtes ist, auf welches sich der Einspruch gründet.[4])

Hat sich der Bauführer nicht in solcher Weise geschützt, so kann jener, welcher durch den Bau in seinem (Sach-, Rechts-, Mit-) Besitz gestört wird, den Bauführer mit der Besitzstörungsklage belangen, und ein Bauverbot erwirken (§§. 340—342 b. G. B., §. 8 Besitz-B.).

II. Ein gleiches Aufgebotsverfahren hat bei Wasserbauten statt,[5]) deren Bewilligung der Wasserbaubehörde (regelmäßig die politische Bezirksbehörde) zusteht. Das Aufgebotsverfahren[6]) ist regelmäßig a) das ordentliche, wobei die Unternehmung durch Anschlag in den betreffenden und den angrenzenden Gemeinden, und durch die Landesblätter mit dem Beifügen kundgemacht wird,

[3]) Ist die Klage gegen mehre gerichtet, so haben die Bestimmungen über passive Streitgenossenschaft (s. §. 42) Anwendung.

[4]) Gegen eine Aufforderungsklage wegen eines Baues ist die Einrede der Unstatthaftigkeit der Aufforderung zulässig, Plenissimarbesch. vom 14. April 1885, Jud. B. 118.

[5]) Reichsgesetz v. 30. Mai 1869 R. 93. — Die Landesgesetze im XVIII. Bande der Manz'schen Gesetzausgabe.

[6]) Ulbrich a. a. O. 533.

Digitized by Google

daß alle Einwendungen bei der angeordneten Verhandlung vorzubringen seien, widrigens die Betheiligten der Unternehmung, oder der dazu nöthigen Abtretung oder Belastung von Grundeigenthum zustimmend erachtet würden. Die bekannten Interessenten sollen überdies besonders verständigt werden; b) ein abgekürztes, wenn die Unternehmung von geringerer Wichtigkeit ist, und der Unternehmer das ordentliche Aufgebotsverfahren nicht verlangt. Dabei entfällt die Verlautbarung durch die Landesblätter, und hat nur ein kurzgefaßter Anschlag in den Gemeinden, und die Ladung der Interessenten statt; den Betheiligten, welche zur Verhandlung nicht, oder nicht mindestens 8 Tage vorher geladen wurden, bleibt in diesem Falle das Recht gewahrt, ihre Einwendungen im Rechtswege geltend zu machen.

Bei Einwendungen privatrechtlicher Natur hat das oben geschilderte gerichtliche Aufforderungsverfahren statt.

§. 130.

Der Rechnungsprozeß und die Aufforderung dazu.

I. Der Rechnungsprozeß ist die klageweise Bemängelung einer gelegten Rechnung.[1]) Ihm ist eigenthümlich: 1. daß die Klage sämmtliche Mängel der Rechnung zu begreifen hat; 2. daß die Mängel unter fortlaufender Zahl zu stellen, §. 102 (167), und sohin im Laufe des Verfahrens unter dieser Zahl zu verhandeln sind; 3. daß die Satzschriften benannt werden als: Mängel, Erläuterung, fernere Mängel (!), endliche Erläuterung, §. 103 (168), und 4. der Prozeß schlechthin, also auch bei Bezirksgerichten schriftlich zu verhandeln ist (Hfd. v. 19. Nov. 1784 Nr. 368).[2])

---

[1]) Menger: System §. 20 Note 10 hebt mit Recht hervor, daß dieser Prozeß eine Verstellung der Parteirollen begründet.

[2]) Der Rechnungsprozeß als Streit über die Richtigkeit der gelegten Rechnung erstreckt sich seinem Wesen und Zwecke nach auf die Erörterung, ob der Verwalter in den Grenzen der Vollmacht vorgegangen sei, daher auf die Rechtfertigung bezüglich der nicht verrechneten Einnahmen

Digitized by Google

II. Derjenige, welcher Rechnung gelegt hat, muß sich in eine außergerichtliche Bemängelung derselben nicht einlassen, sondern ist berechtigt, Genehmigung oder aber gerichtliche Bemängelung zu verlangen, also gestützt auf die Rechnungslegung zu klagen[3]) und zu bitten, es sei dem Geschäftsherrn aufzutragen, die gelegte Rechnung mit Klage zu bemängeln, widrigens sie für genehmigt gehalten würde, §. 100 (165).

Über die Klage hat der Richter nach Vernehmung der Parteien bei einer Tagsatzung (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621, — nach §. 165 g. G. O. ohne solche Vernehmung) eine angemessene Frist zur Beantwortung zu bestimmen; der Geschäftsherr kann nämlich die Aufforderungsklage (wegen Abganges der Rechnung, Unvollständigkeit) zu bestreiten,[4]) oder die aufgeforderte Klage einzubringen beabsichtigen, und bedarf zu letzterer regelmäßig mehr Zeit als zur Bestreitung. Das Verfahren gestaltet sich wie bei der Berühmung; die aufgeforderte Klage ist der Eingang des Rechnungsprozesses.

III. Die Klage des Geschäftsherrn auf Rechnungslegung folgt den allgemeinen Bestimmungen.

---

sowohl von dem Gesichtspunkte, daß sie wirklich erzielt, aber in das Verzeichniß nicht eingestellt, als aus dem Gesichtspunkte, daß sie aus Verschulden des Verwalters nicht erzielt worden sind — und bezüglich der Ausgaben, sowohl in der Richtung, daß in das Verzeichniß eingestellte Ausgaben nicht stattgefunden haben, als in der Richtung, daß dieselben mit Überschreitung der Vollmacht unberechtigterweise gemacht worden sind, und endlich, daß die gemachten Ausgaben nicht nöthig gewesen wären, wenn sie nicht ein bestimmtes Verschulden des Verwalters veranlaßt hätte; — in allen diesen Fällen sohin auf die aus dem Verschulden des Verwalters resultirende Ersatzpflicht. Ent. v. 6. Feber 1885, Ger. Z. 1885: 30.

[3]) Nach Canstein: Lehrb. II. 583 anzusuchen; auch G. U. 5810. 7317.

[4]) Canstein: Lehrb. II. 109 erachtet die Bestreitung ausgeschlossen. Auch G. U. 3282.

Digitized by Google

§. 131.

II. Der Exekutivprozeß.*)

Die G. O. fordert für die Exekution einen richterlichen Spruch oder gerichtlichen Vertrag; glaubwürdige Urkunden sind an sich nicht Grundlage der Exekution, wohl aber sind sie Grundlage eines besonderen Verfahrens, nämlich des Exekutivprozesses (§. 298, Hfd. v. 7. Mai 1839 Nr. 358, Hfd. v. 25. Jänner 1841 Nr. 496, §§. 397, 398 g. G. O.).

Die Voraussetzungen des Exekutivprozesses sind:

1. eine ordentlich instruirte Klage (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621); — 2. eine Klage auf „Schuld", doch nicht nothwendig auf eine Geldschuld;[1]) — 3. Beweis mit Urkunden, welche nach G. O. vollkommenen Glauben verdienen (liquidirte Schuldbriefe, **instrumenta quarentigiata**). Die Urkunden müssen beweisen a) den Rechtsgrund der Forderung,[2]) b) die Nativität der Klage;[3]) — 4. die Prozeßbitte des Klägers um Einleitung des Verfahrens nach §. 298 (397), d. i. um Anordnung einer Tagsatzung auf kurze Frist mit Ladung des Beklagten unter den im Hfd. vom 7. Mai 1839 bezeichneten Rechtsfolgen. Vorbehalten ist dem Kläger, schon in der Klage und ohne Nachweis einer Gefahr die Bewilligung der Exekution zur Ausführung des eingeklagten Rechtes anzusuchen. Die Einleitung des Verfahrens ist von der

---

*) Menger: System 79. — Chorinsky: Der österr. Exekutivprozeß 1879.

[1]) G. U. 496, 5161, 6690 (5436).

[2]) G. U. 4956, 5128, 5301. Auf Grund einer nicht nach einer speziellen Bestimmung des Handelsgesetzbuches zu beurtheilenden Urkunde (einer Urkunde, welche selbstständiger Verpflichtungsgrund ist), welche den Rechtsgrund der Forderung nicht enthält, ist die Einleitung des Exekutivverfahrens nicht zulässig. Ent. v. 4. Nvbr. 1884 Sp. R. 130.

[3]) G. U. 1951, 4188, 4356, 5128.

Digitized by Google

Vorlage der Urschrift der Schuldurkunde nicht bedingt (Hfd. v. 27. Sept. 1792 Nr. 53 und v. 13. Feber 1795 Nr. 217).

Bei Abgang der genannten Voraussetzungen leitet der Richter das der Sache entsprechende Verfahren ein; bei Bestand derselben ist auch in den zum schriftlichen Verfahren geeigneten Fällen auf möglichst kurze Zeit Tagsatzung mit dem Beisatze anzuordnen, daß der Beklagte im Ausbleibensfalle der in der Klage angegebenen Thatsachen geständig gehalten, und über die vom Kläger angesuchte Exekution, was Rechtens sei, erkannt werden wird.

Erscheint bei der Tagsatzung der Kläger, nicht aber auch der Beklagte, oder anerkennt dieser bei der Tagsatzung oder vorher in einer schriftlichen Eingabe die Schuld, so ist dem Beklagten sofort mit Bescheid die Zahlung der eingeklagten Forderung und der Prozeßkosten binnen 14 (bei Handelsgerichten 3) Tagen bei sonstiger Exekution aufzuerlegen.

Werden bei der Tagsatzung der Klage Einwendungen entgegengesetzt, über welche sogleich der Endspruch erfolgen kann (**exceptiones paratae probationis**), so ist darüber zu verhandeln, und wo möglich noch an demselben Tage mit Urtheil zu entscheiden, in welchem eventuell die Leistung bei Vermeidung der Exekution aufgetragen wird. Veranlassen aber die Einwendungen des Beklagten ein Beiurtheil auf Beweis, oder die Verlegung der Tagsatzung zur weiteren Verhandlung (**exc. altioris indaginis**), so ist neben der diesfälligen prozeßleitenden Anordnung über das vom Kläger in der Tagsatzung gestellte Begehren um Bewilligung provisorischer Exekution mit Bescheid zu erkennen. Bei langwieriger Verhandlung soll also der Gläubiger das Recht zur Exekution bekommen, doch wohl nur, wenn die Grundlage des diesfälligen Antrages, nämlich die Urkunde entweder nicht bestritten wird oder doch äußerlich fehlerfrei erscheint,[4]) und Beklagter das Erlöschen

[4]) G. U. 7634. Die Anerkennung der Echtheit ist keineswegs Bedingung der Exekution; Bemerkung der Hofkommission bei Berathung des Summ.-V. bei Schenk: Der österr. summar. Prozeß 235.

Digitized by Google

des Klageanspruches nicht in gleich glaubwürdiger Weise darzuthun vermag (§. 6, V. v. 18. Juli 1859 R. 130). Dem Kläger steht das Recht auf Exekution zur Sicherstellung auch zu, wenn der Beklagte die Streitverhandlung verzögert durch Rekurs gegen den die Einleitung des Exekutivverfahrens bewilligenden Bescheid[5]) oder durch das Begehren aktorischer Kaution.[6])

Dieses Exekutivverfahren hat auch in den zum Summ.-V. geeigneten Rechtssachen (trotz §. 55) statt.[7])

§. 132.

III. Der Antrag auf eidliche Angabe.*)

Den Antrag auf Manifestation[1]) gestattet:

1. der §. 219 (293), wenn Jemand ein Vermögen oder Schulden anzugeben verpflichtet ist. Eine zivilrechtliche Verpflichtung besteht für jene, welche ein Vermögen herausgeben sollen (nach beendeter Verwaltung, über Erbschaftsklage) denjenigen gegenüber, welche auf das Vermögen Anspruch haben. Letztere begehren die Manifestation mit Klage, der Richter wolle den Beklagten auflegen, das Vermögen unter Eid anzugeben. Nach gepflogenem ordentlichen Verfahren ist mit Urtheil zu erkennen, und bei Bestand der Verpflichtung eine den Verhältnissen entsprechende Frist zur Vorlegung, oder zur Richtigstellung des bereits vorliegenden Inventars und zum Eide zu bestimmen §. 300 (400), und bei Weigerung nach §. 310 (410) zu exe-

[5]) Ent. v. 28 April 1885, Spruchp. 2, 289.

[6]) Ent. v. 11. November 1884, Spruchp. 2, 103.

[7]) Ent. v. 30. Juni 1875, Sp. R. 80.

*) Wetzell 294. Gallinger: Der Offenbarungseid im Exekutions- und Konkursverfahren. — Franke: Der Offenbarungseid im Reichsrecht 1885. — Just: Zivilprozeßrechtliche Kontroversen V, im Archiv f. ziv. P. 68, 333.

[1]) Canstein: Lehrb. II. 318 erkennt darin eine potenzirte, weil auch zum Nachtheil von Verwandten nicht zu verweigernde Zeugnißpflicht.

Digitized by Google

quiren. — Eine besondere Verpflichtung zur Manifestation begründet der Konkurs, und die Erfolglosigkeit der Exekution.

Im Konkurse gilt Folgendes. a) Im Falle der Eröffnung der Konkursverhandlung ist der Kridatar verpflichtet, ein genaues Vermögens- und Schuldenverzeichniß vorzulegen unter eigenhändiger Unterschrift und mit dem Erbieten zum Eide: „daß er in dem angegebenen Aktivstande nichts verschwiegen und in dem Passivstande nichts erdichtet habe". Nach Vollzug der Masseinventur hat der Konkurskommissär über Verlangen des Masseverwalters, oder auch nur eines Gläubigers zur Ablegung des Eides Tagsatzung anzuordnen, und hierzu den Kridatar und die im Orte anwesenden Gläubiger zu laden. Der Kridatar kann gegen diese Anordnung binnen drei Tagen Beschwerde bei dem Konkursgericht erheben, welches endgiltig entscheidet. Das vorgelegte Inventar kann der Kridatar noch bei der Eidestagsatzung berichtigen.

Bei Verweigerung der Vorlegung des Vermögens- und Schuldenverzeichnisses oder der Ablegung des Eides verhängt die Konkursinstanz auf Kosten der Masse Haft über den Gemeinschuldner ohne Bestimmung der Haftdauer. Die Haft wird durch Beschluß des Konkursgerichtes behoben u. zw. über Antrag des Gemeinschuldners oder amtliche Anzeige des Konkurskommissärs bei Ablauf der gesetzlich fixirten Gesammtdauer von sechs Monaten, — vor Ablauf von sechs Monaten über Antrag des Schuldners, des Masseverwalters oder des Konkurskommissärs und jedenfalls erst nach Anhörung des Berichtes des letzteren, wenn weitere Haft durch die Sachlage nicht begründet erscheint. Von der Aufhebung der Haft ist die Staatsanwaltschaft zu benachrichtigen. (§§. 96, 97, 99, 100, 101 Kon. O.). —

b) Im Falle der Nichteröffnung der Konkursverhandlung wegen Unzulänglichkeit des Aktivums ist der Schuldner über Anlangen eines Gläubigers von der Konkursinstanz zum Eid zu verhalten: „daß er von seinem Vermögen nichts verschwiegen habe".

Digitized by Google

Von der Verweigerung dieses Eides ist der Staatsanwaltschaft Anzeige zu erstatten (§. 66 K. O.).

Der Antrag auf Manifestation bei Erfolglosigkeit der Exekution ist geregelt in §. 3 des G. v. 16. März 1884 R. 35.[2]) Er setzt voraus Erfolglosigkeit der Durchführung einer Exekution auf Zahlung einer Geldforderung. Nicht gefordert erscheint die Erschöpfung der gesetzlich zugelassenen Exekutionsakte, da eine solche bei Abgang von Exekutionsobjekten unthunlich ist; nicht gefordert erscheint die Schätzung und Feilbietung der gepfändeten Objekte, wenn die Unzulänglichkeit derselben zur Bedeckung der exequirten Forderung ohnehin klar ist.[3]) Der Antrag auf Manifestation, zu dessen Begründung auf die Amtsakten Bezug genommen werden kann, ist bei dem zur Bewilligung des ersten Exekutionsgrades berufenen Gericht einzubringen, hierüber zur Vernehmung beider Theile eine Tagsatzung anzuordnen, und nach gepflogener Verhandlung mit Bescheid zu erkennen, gegen welchen ohne Rücksicht auf die Verfahrensart, in welcher die Streitsache selbst verhandelt wurde, der Rekurs binnen 14 Tagen eingebracht werden kann. Der Bestand der gesetzlichen Voraussetzungen hat den Auftrag zur Manifestation nicht nothwendig zur Folge; der Auftrag entfällt bei unzweifelhafter Vermögenslosigkeit des Exekuten,[4]) bei amtlicher Feststellung der Vermögenslage desselben, z. B. in Folge vorausgegangener Konkurseröffnung.[5]) Findet der Richter dem Antrage stattzugeben, so hat er dem Schuldner aufzutragen, daß er bei

---

[2]) Krátký, im Pravnik 24, 217.

[3]) Schätzung und Vornahme der bewilligten Sequestration fordert die Ent. v. 28. Oktober 1884, Jur. Bl. 1885: 4.

[4]) Anderer Meinung Krátký a. a. O. S. 219.

[5]) Dagegen die Ent. v. 27. August 1885, Ger. Z. 1885: 82, der Antrag nach §. 3 des G. v. 16. März 1884 ist ungeachtet der Konkurseröffnung wegen einer nachher entstandenen Forderung zulässig, denn der Gläubiger verlangt keine Leistung aus dem Vermögen, sondern den Eid (!)

Digitized by Google

einer zu diesem Zwecke (eventuell von einem ersuchten Richter) angeordneten Tagsatzung sein Vermögen und den Ort, wo sich die einzelnen Vermögensstücke befinden, angebe, und einen Eid ablege, daß seine Angaben richtig seien, und daß er von seinem Vermögen nichts verschwiegen habe. Diese Tagsatzung kann nicht bloß über Antrag des Exequenten, sondern auch über begründeten Antrag des Exekuten verlegt werden. Die Verweigerung des Erscheinens in der zur Manifestation angeordneten Tagsatzung, die Verweigerung der Vermögensangabe und des Eides hat über neuerlichen Antrag des Gläubigers und auf Kosten desselben die Verhängung der Haft auf unbestimmte Dauer zur Folge. Die Haft ist aufzuheben bei Ablauf der Maximaldauer von sechs Monaten, und vor Ablauf dieser Zeit, wenn der Exequent weitere Alimente zu erlegen versäumt oder der durch den Arrest zu erreichende Zweck erreicht erscheint.[6])

2. Den Antrag auf Manifestation gestattet weiter der §. 220 (294).[7]) Bei Abgang einer feststehenden Verpflichtung zur Vermögensangabe ist diese Manifestation mit Klage zu begehren, in welcher nicht zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen ist, daß von einem Vermögen etwas vertuscht sei[8]) und daß der Beklagte davon Kenntniß habe.[9]) Die Klage verlangt, daß der Beklagte Alles, was ihm von dem Vermögen bekannt sei, angebe und schwöre, daß ihm nichts weiteres bekannt sei.[10]) Belangt kann auch werden der überlebende Elterntheil von dem Vertreter der minderjährigen Kinder (Hfd. v. 16. Dez. 1791 Nr. 227), auch derjenige, welcher selbst der Vertuschung verdächtig ist (Hfkzd. v. 4. Juli 1846 Z. 22315). Die Klage hat auch statt bei besorg-

---

[6]) Ent. v. 28. Juli 1885 Ger. Z. 1885: 42.

[7]) Hawelka im Jurist 7, 175.

[8]) Canstein a. a. O. 319 begreift darunter auch unwahre Behauptungen des Schuldners.

[9]) Ent. v. 21. März 1883, Ger. Z. 1883: 83.

[10]) Anders Canstein a. a. O.

Digitized by Google

licher Zurückbehaltung von Urkunden (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489). Das Urtheil ergeht auf Manifestation und Eid binnen bemessener Frist; die Exekution erfolgt nach §. 310 (410).

II. Abschnitt.

Besondere Verfahrensarten der Nachtragsgesetze.

I. Das Verfahren in Ehesachen.*)

§. 133.

Allgemeines.

Das Verfahren in Ehesachen ist geregelt im b. G. B. §§. 94 f., und im Hfd. v. 23. August 1819 Nr. 1595,[1]) welches mit Gesetz vom 25. Mai 1868 R. 47 für Katholiken reaktivirt wurde.

Das Verfahren in Ehesachen begreift neben einer Reihe von Streitsachen auch solche gerichtliche Verhandlungen, welche die Beseitigung einer mit der Rechtsordnung schlechthin unvereinbaren Verbindung (Ungiltigkeit der Ehe bei öffentlichen Ehehindernissen),[2]) oder die Klarstellung von Verhältnissen zur Abwehr von Unzukömmlichkeiten (einverständliche Scheidung) bezwecken.

Das Verfahren ist immutabel mündlich, rechtsfreundlicher Beistand nicht ausgeschlossen, §. 4, aber selbst für schriftliche Eingaben nicht gefordert, §. 2, daher Mängel der Eingaben durch Vernehmung der Einschreiter zu beheben sind. Das persönliche Eintreten selbst pflegebefohlener Ehegatten ist vorgeschrieben, und

---

*) Dolliner-Grassel: Handbuch des österr. Eherechtes. Schulte Handbuch des katholischen Eherechtes. Michel: Beiträge zur Geschichte des österr. Eherechtes. Chorinsky: Der Eheprozeß, Jur. Bl. 1875 N. 4 f. Rittner: Österr. Eherecht 1876.

[1]) Im Folgenden zitirt ohne Zusatz.

[2]) Menger: System 81.

Digitized by Google

im Disziplinarwege zu veranlassen. Für die Gestaltung des Verfahrens ist von entscheidender Bedeutung, ob ein Verhältniß in Frage steht, welches durch Parteiwillen geordnet werden kann, oder sich solcher Regelung entzieht; im ersteren Fall schließt sich der Eheprozeß dem ordentlichen Verfahren an, im letztern Fall kommt die Offizialmaxime zur Geltung, und ist ein defensor matrimonii als Prozeßpartei eingefügt, welcher das Gericht bei der Wahrung der Integrität des Ehebandes zu unterstützen hat.

Zuständig ist für die einverständliche Scheidung das Bezirksgericht, für alle anderen Ehesachen der Gerichtshof erster Instanz, dessen Gerichtsbarkeit der Ehegatte untersteht, oder zuletzt unterstand (§. 14, 87 Jur. N.). Der Gerichtshof bestellt für die Tagsatzungen zur Verhandlung von Eheſtreitigkeiten stets neben den Referenten noch einen zweiten Rath (§. 188 Gr. J.). Die Verhandlung über die Ungiltigkeit der Ehe von Ausländern fällt den österreichischen Gerichten nur zu, wenn sie hierlands ein ordentliches Domizil haben (Hfd. v. 15. Juli 1796, bei Hfd. v. 23. Oktober 1801 Nr. 542). Durch Präklusion der Inkompetenzeinrede kann die örtliche Zuständigkeit, die sachliche Zuständigkeit aber nur insoweit verändert werden, als es sich nicht um die Ungiltigkeit oder Trennung der Ehe handelt (§. 48 Jur. N.). Das Hfd. vom 23. August 1819 bezeichnet im § 13 das für die Scheidung von Tisch und Bett vorgeschriebene Verfahren als die Regel, nach welcher sich auch das Verfahren über die Ungiltigkeit und Trennung der Ehe richtet, soweit dafür nicht Besonderes angeordnet ist.

§. 134.

Das Verfahren über die Scheidung von Tisch und Bett.

Die Scheidung (separatio quoad thorum et mensam) wird gerichtlich ausgesprochen:

Digitized by Google

1. über Antrag beider Gatten. Das Gericht ist verpflichtet, die einverständliche Scheidung ohne Prüfung der Gründe zu bewilligen:

a) wenn die Ernstlichkeit des Willens beider Gatten durch die Erfolglosigkeit dreimaliger Vorstellung festgestellt ist. Es ist derzeit Sache des zur Scheidung der Ehe zuständigen Gerichtes, vor jeder weiteren Amtshandlung die im §. 104 b. G. B. gebotene dreimalige Vorstellung in Zwischenräumen von je acht Tagen vorzunehmen, und das Ergebniß der Vorstellung protokollarisch festzustellen; die gerichtlichen Vorstellungen entfallen, wenn die Ehegatten, welche einer gesetzlich anerkannten Konfession angehören, den Scheidungsentschluß zunächst ihrem ordentlichen Seelsorger eröffnen, und dem Gericht ein schriftliches Zeugniß desselben vorlegen, daß die Versöhnungsversuche erfolglos waren (G. v. 31. Dez. 1868 R. 3 ai. 1869). Konfessionslose Personen sind ausschließlich an das Gericht gewiesen (G. vom 9. April 1870 R. 75);

b) wenn ein Einverständniß über die Auseinandersetzung des Vermögens der Ehegatten, über den Unterhalt der Ehegattin, und über die gesetzlichen Pflichten der Eltern gegenüber den Kindern erzielt ist, §. 8. Die Ordnung der Verhältnisse der Kinder bedarf pflegschaftsbehördlichen Konsenses, die Ordnung der Vermögens- und Unterhaltsverhältnisse pflegebefohlener Gatten der Zustimmung des Vertreters und des Gerichtes (§. 106 b. G. B., §. 5 E. V.). Auch bei eigenberechtigten Gatten wird der Richter der vom Gesetze (§. 103 b. G. B.) geforderten Vorsicht nicht genügen, wenn er lediglich auf die Bestätigung hin, daß die Verhältnisse durch Vereinbarung geordnet seien (§. 105 b. G. B.), die Scheidung ausspricht, sofern bezüglicher Vorbehalt mit Grund zu besorgen ist.

Das Protokoll über die Scheidungsverhandlung hat die Personalverhältnisse der Ehegatten (Name, Stand, Wohnort, Gewerbe, Alter und Religion, die Zeit der geschlossenen Ehe, die

Digitized by Google

Anzahl, das Alter und Geschlecht der Kinder, und den Bestand oder Abgang von Ehepakten) festzustellen, §. 7. Beharren beide Theile bei dem Scheidungsantrag, und liegt allseitiges Einverständniß vor, so ist die Scheidung mit Bescheid zu gestatten mit Vorbehalt der von beiden Ehegatten[1]) bei demselben Gerichte zu erklärenden Wiedervereinigung (§. 87 J. N.).

Die Scheidung wird weiter gerichtlich ausgesprochen:

2. über mündliche oder schriftliche Klage eines Ehegatten, in welcher ein rechtmäßiger d. h. ein wichtiger (§§. 107 und 109 b. G. B.), wenn auch nicht im Gesetze vorbedachter Grund auszuführen ist. Der Scheidungsgrund kann in einem Verschulden des beklagten Gatten, oder in zufälligen Umständen liegen.

Bei Abgang eines entsprechenden Zeugnisses über die Fruchtlosigkeit der Versöhnungsversuche hat das Gericht ohne Vorprüfung des Scheidungsgrundes die dreimaligen Vorstellungen anzuordnen (G. v. 31. Dez. 1868). Diese Vorstellungen entfallen, wenn der Beklagte abwesend, also mit einem für ihn zu bestellenden Kurator zu verhandeln, §. 6, und wohl auch, wenn das Begegnen der Ehegatten rechtlich (durch Strafvollzug) ausgeschlossen ist.

Mit der Klage wird der Antrag auf Gestattung eines abgesonderten Wohnortes, und Zuweisung des gesetzlichen anständigen Unterhaltes für die Ehegattin zulässig; er kann bei dem Ehegerichte, oder bei dem Bezirksgerichte gestellt werden, welchem die Ehegatten unterstehen (§. 14 J. N.), doch nie vor Abschluß der Versöhnungsversuche in Betrachtung fallen.

Bei Erfolglosigkeit der Vorstellungen ist zur Verhandlung über den Klageantrag zu schreiten, und wenn dieser unzureichend erscheint, zunächst der Kläger allein zu hören, §. 2. Die Scheidung ist Parteisache, also nach den allgemeinen Grund-

[1]) Ent. v. 17. Feber 1885, Ger. H. 1885: 42.

Digitized by Google

sätzen des rechtlichen Verfahrens in Streitsachen zu verhandeln, §. 1. Es beschränkt sich die Verhandlung auf jenen Scheidungsgrund, welcher vom Kläger geltend gemacht wurde; der Nachweis gleicher Schuld des Klägers macht dessen Antrag nicht hinfällig, wohl aber ein Verzicht. Die Zulässigkeit und rechtliche Kraft des Beweises überhaupt, und insbesondere des Beweises durch das Geständniß und den Eid der Gatten ist nach der G. O. zu beurtheilen, §. 9, Beweis also nur über Antrag und nach Maßgabe desselben, und niemals von Amtswegen aufzunehmen (vgl. Hfd. v. 11. Juni 1814 Nr. 1089). Es ist überhaupt nach Vorschrift der G. O. zu verfahren, u. zw. speziell nach den Anordnungen über das V. mit Manuduktion, §. 1. Eigenthümlich ist: a) daß der Richter einen gütlichen Vergleich zu versuchen hat auf freiwillige Zurücknahme des Scheidungsantrages, oder auf Einwilligung zu der aus vollgiltigen Gründen verlangten Scheidung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, §. 3; b) daß der Richter das persönliche Erscheinen der Ehegatten durch schickliche Zwangsmittel zu veranlassen, und einem Ungehorsamsantrage nur bei Unthunlichkeit oder bei Erfolglosigkeit dieser Mittel, und nach vorläufiger Androhung stattzugeben hat, §. 6; c) daß der Richter die Zeugen, auf welche sich die Parteien berufen, zur Verhandlung beiladen darf, um sie ohne Beeidigung in Gegenwart beider Theile um ihr Wissen zu befragen (§. 1 E. V., bez. §. 22 g. G. O.). Diese Beiladung erstreckt sich auch auf Zeugen, welche einer fremden Gerichtsbarkeit unterstehen, §. 11, oder welche über Einwendung nicht zum Zeugeneide zugelassen werden dürften (§§. 140, 141 a. G. O.); d) daß der Beweis durch Zeugen und Sachverständige mit Bescheid zuzulassen ist, und das Ehegericht sich auch die Vernehmung der einer anderen Gerichtsbarkeit unterstehenden Zeugen vorbehalten kann. Der im §. 10 gegen diesen Bescheid zugelassene Rekurs ist zu Folge der Pr. N. als ausgeschlossen zu erachten, weil Ehesachen nach den Vorschriften der G. O. über mündliches V. zu verhandeln sind, daher auch den

Digitized by Google

dafür getroffenen Modifikationen unterliegen,[2]) u. zw. umsomehr, als widrigenfalls auch die durch die Pr. N. vollzogenen Änderungen der Beweisaufnahme in Ehesachen als ausgeschlossen erkannt werden müßten.

Die Streitsache, bei deren Verhandlung die Personalverhältnisse der Gatten protokollarisch festzustellen sind, §. 7, wird mit Urtheil erledigt, vor dessen Fällung dann, wenn eine Ehe evangelischer Glaubensgenossen in Frage steht, die bezügliche Kirchenbehörde zu hören ist (§. 6 der Kundm. v. 23. Jänner 1866 R. 15). In dem Urtheile ist auch über die Kosten des Scheidungsprozesses nach den allgemeinen Grundsätzen zu erkennen.[3]) Wird die Scheidung bewilligt, so ist ausdrücklich zu erkennen, ob einer oder beide Ehegatten oder keiner von beiden an der Scheidung Schuld trage. (Vergl. §. 1264 b. G. B.) Streitigkeiten über Vermögensangelegenheiten bleiben dem ordentlichen Rechtswege vorbehalten. Gegen die Entscheidung sind die Rechtsmittel der G. O. zugelassen; das Obergericht ist insbesondere angewiesen, vor der Entscheidung der Hauptsache wesentliche Gebrechen der Untersuchung von Amtswegen verbessern zu lassen, §. 12; doch ist (trotz Hfd. v. 24. Dez. 1819 Nr. 1639) daran festzuhalten, daß in allen Fällen, wo zu Folge der obergerichtlichen Anordnung das Urtheilsmaterial sich erweitert, dem ersten Richter auch eine neuerliche Entscheidung obliegt.

§. 135.

Das Verfahren über die Ungiltigkeit der Ehe.

Die Ungiltigkeit der Ehe kann nur durch Urtheil des Ehegerichtes festgestellt werden; selbst der Strafrichter ist auf dieses Urtheil verwiesen (§. 5 Straf-P. O.).

[2]) Vergl. G. U. 5692 und die Ent. v. 16. November 1881, Jur. Bl. 1882: 7; anders G. U. 5829.

[3]) Waldner: Die Prozeßkosten S. 145.

Digitized by Google

Das Ehegericht hat das Verfahren von Amtswegen, über Anzeige, eigene Wahrnehmung, Gerücht, einzuleiten und ohne Bestellung eines Klägers (Hfd. v. 25. Nov. 1839 Nr. 392), und ohne Intervention eines politischen Repräsentanten (K. V. v. 15. Dez. 1848 R. 46) durchzuführen im Falle unbedingter Ungiltigkeit, d. h. bei Bestand eines Ehehindernisses des öffentlichen Rechtes.[1]) Die Untersuchung von Amtswegen entfällt, wenn die Ehe bereits durch den Tod gelöst, oder wenn das Ehehinderniß mittlerweile weggefallen ist;[2]) doch ist in diesen Fällen die Untersuchung über Antrag des privatrechtlichen Interessenten, daher auch über Antrag der Verwaltungsbehörde bei fiskalischem Interesse[3]) vorbehalten.

Privatrechtliche Ehehindernisse sind über Antrag zu untersuchen; Gegenstand offiziöser Erhebung werden sie, wenn sie die Vorfrage für eine Strafsache, oder für eine öffentlichrechtliche Ehesache bilden. Zum Antrage berechtigt ist bei privatrechtlichen Ehehindernissen die durch den Eheabschluß gekränkte, also jene Person, in deren Interesse der Ungiltigkeitsgrund im Gesetze anerkannt ist, sofern sie schuldlos ist (§. 96 b. G. B.).

Ist die Anzeige oder der Antrag nicht offenbar unbegründet, worüber nach Bedarf entsprechende Erhebungen zu pflegen sind (§§. 2, 15), so hat das Gericht, mit Ausnahme des Falles, wo es sich um eine Judenehe handelt (Hfd. v. 13. Nov. 1816 Nr. 1296, Hfd. v. 23. Aug. 1819 Nr. 1595), einen verständigen und rechtschaffenen Mann[4]) zur Vertheidigung des Ehebandes zu bestellen (§. 97 b. G. B.). Diesem ist der Antrag oder die Anzeige mitzutheilen; er ist zu allen Verhandlungen zu laden, §. 14;

---

[1]) Vergl. §§. 56, 62—68, 75 b. G. B. und bezüglich des Ehehindernisses des Katholizismus das Hfd. vom 25. August 1814 Nr. 1099.

[2]) Rittner: Österr. Eherecht 252.

[3]) Hfkzd. v. 13. Juli 1837 Pol. G. S., 65. Band 417.

[4]) Nicht mehr die Finanzprokuratur, M. V. v. 2. Oktober 1851 R. 251.

Digitized by Google

er ist insbesondere angewiesen, über alle als Grund der Ungiltigkeit angegebenen Umstände genaue Erkundigung einzuziehen, inwiefern der Antrag im Gesetz gegründet und durch vollständigen Beweis unterstützt sei, oder welche Einwendungen und Bedenken demselben entgegenstehen, sorgfältig zu untersuchen, und sich hierüber gegen das Gericht gründlich und gewissenhaft zu äußern, §. 17, und im Falle auf Ungiltigkeit der Ehe erkannt wird, Rechtsmittel zu ergreifen, §. 18. Bei Lässigkeit in der Pflichterfüllung ist der Vertheidiger des Ehebandes von dem Gericht zurechtzuweisen, §. 17.

Für das Verfahren über die Ungiltigkeit der Ehe sind die für das Verfahren über die Scheidung ertheilten Vorschriften als maßgebend erklärt, jedoch nur, soweit sie mit einer amtlichen Untersuchung vereinbar sind, §. 13. Es entfällt eben bei unbedingter, und nicht selten auch bei bedingter Ungiltigkeit der Widerstreit der Parteien, und hiermit nothwendig die Form des Streitverfahrens. Das Gericht hat die Eheleute, deren Vertreter, den für den abwesenden Theil bestellten Kurator, den defensor matrimonii, und eventuell auch die privatrechtlichen Interessenten (Hfkzd. v. 13. Juli 1837) zur Verhandlung zu laden, jeden Theil über den Gegenstand der Untersuchung in jener Ordnung, welche zweckmäßig erkannt wird, verhandeln zu lassen, die nöthigen Aktenstücke und Urkunden abzufordern oder selbst herbeizuschaffen, Zeugen- und Sachverständige auch ohne Antrag zu vernehmen, alle entscheidenden Umstände aufzuklären, und überhaupt die Verhandlung so zu leiten, daß die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Ehe, oder die Unmöglichkeit des dafür entscheidenden Beweises außer Zweifel komme, §. 14. Die Verhandlung hat sich auf die als Grund der Ungiltigkeit angegebenen Umstände zu beschränken (§§. 4, 14, 17 Ehe-V., §. 99 b. G. B.); ausgeschlossen ist hiermit nicht die Feststellung, daß das Bestreitungsrecht durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht, oder durch Wegfall des zum Ehehinderniß in Beziehung stehenden Abhängigkeitsverhältnisses erloschen sei.

Digitized by Google

Durch den Grundsatz amtlicher Untersuchung ist ausgeschlossen eine Entscheidung über Ungehorsamsbeschuldigung: es ist ausgeschlossen der Vergleich, weil die Frage, ob die faktische Verbindung eine Ehe sei, unabhängig von dem Parteiwillen zur Entscheidung kommen muß. Ist das Ehehinderniß festgestellt, so hat sich das Gericht um die Behebung desselben durch Einverständniß der Parteien, durch Verzicht auf die Anfechtung, oder durch allfällige Dispens zu verwenden (§. 98 b. G. B., §. 16 Ehe-P.). „Die Vermuthung ist für die Giltigkeit der Ehe. Das angeführte Ehehinderniß muß also vollständig bewiesen werden, und weder das übereinstimmende Geständniß beider Ehegatten hat hier die Kraft eines Beweises, noch kann darüber einem Eide der Ehegatten statt gegeben werden" (§. 99 b. G. B.). Geständniß und Eid der Eheleute sind zulässig über Umstände, welche den Bestand des Ehehindernisses oder das Bestreitungsrecht ausschließen. Besondere Vorschriften enthalten die §§. 100, 101 b. G. B. über den Sachverständigenbeweis bei Impotenz; sie berechtigen zur Annahme, daß sich der betreffende Ehegatte der Untersuchung unterwerfen müsse.

Auf Grund vollständiger Verhandlung hat das Gericht, bei Ehen evangelischer Glaubensgenossen nach Vernehmung der Kirchenbehörde (§. 6 der Kundm. vom 23. Jänner 1866 R. 15), mit Urtheil über die Ungiltigkeit, und über diesfällige Schuld oder Schuldlosigkeit der Ehegatten (§. 1265 b. G. B.) zu entscheiden. Die Prozeßkosten sind zu kompensiren, weil die Parteien nicht als Streittheile einander gegenüber stehen; wird aber die Giltigkeit über Antrag untersucht, und der Antrag abgewiesen, so hat der Kläger die Kosten zu vergüten. Der Vertheidiger des Ehebandes ist zur Wahrung staatlicher Interessen berufen, daher schlechthin vom Staate zu entlohnen.[5]) Gegen die Entscheidung stehen die Rechtsmittel der G. O. zu; der Vertheidiger des Ehe-

[5]) Waldner, a. a. O. S. 140.

Digitized by Google

bandes ist angewiesen, bei Erkenntniß auf Ungiltigkeit die Appellation, und im Falle auch nur ein Ehegatte katholisch ist, auch gegen konforme Entscheidungen die Revision einzulegen. Die Versäumung der gesetzlichen Fristen Seitens des Vertheidigers des Ehebandes hat lediglich gerichtlichen Verweis zur Folge, §. 17. Ein Wechsel von Appellations- und Revisionsschriften ist nur zu erwarten, wenn sich ein Theil dem **defensor** als Partei entgegengestellt hat; jedenfalls entfällt auch bei Schriftenwechsel die Inrotulirung der Akten im Rechtsmittelverfahren, §. 18. Ist die Ehe rechtskräftig für ungiltig erkannt, so hat das Gericht die entsprechende Eintragung im Trauungsbuch zu veranlassen, §. 19.

§. 136.

Das Verfahren über die Trennung der Ehe.

Trennbar sind die Ehen der Akatholiken (einschließlich nicht unirte Griechen, Hfd. vom 20. Nov. 1822), der Juden und konfessionsloser Personen (§§. 115, 133 b. G. B., G. v. 9. April 1870 R. 51). Durch Übertritt zum Katholizismus verliert der katholische, nicht aber der andere Theil das Recht auf Trennung behufs Wiederverehelichung (Hfd. v. 4. Aug. 1814 Pol. G. S. Bd. 42 Nr. 64); eine Ausnahme gilt, wenn von jüdischen Ehegatten ein Theil zur katholischen Religion übergetreten ist (Hfd. v. 28. Juni 1806 Nr. 771, Hfkzd. vom 4. Feber 1837 Nr. 168).

Es ist zu unterscheiden die Trennung einer Ehe zwischen Juden, und die Trennung anderer Ehen.

Die Trennung einer Ehe zwischen Juden[1]) kann erfolgen: 1. mit wechselseitiger freier Einwilligung. Die Ehegatten haben diesen Entschluß zunächst ihrem Rabbiner oder Religionslehrer anzumelden und von ihm ein Zeugniß zu erwirken, daß er die nachdrücklichsten Vorstellungen zur Wiedervereinigung versucht,

[1]) Pratobevera's Materialien III. 226. — W. Wessely in der Ger. Z. 1853 Nr. 55 f.

Digitized by Google

die Parteien aber von ihrem Entschlusse abzubringen nicht vermocht habe.[2]) Mit diesem Zeugnisse müssen beide Ehegatten vor Gericht erscheinen, welches den Trennungsantrag, wenn einige Aussicht auf Wiedervereinigung gegeben ist, auf zwei bis drei Monate zurückzuweisen, und sohin zu gestatten hat, daß der Mann den Scheidebrief der Frau übergebe; zugleich ist neue Tagsatzung anzuordnen, und wenn nun beide Theile nochmals erklären, daß sie den Scheidebrief freiwillig zu geben und zu nehmen entschlossen sind, so hat der Richter mit Bescheid[3]) den Scheidebrief für rechtsgiltig und die Ehe für aufgelöst zu erklären. — 2. Die Ehetrennung kann erfolgen über Klage des Mannes auf Gestattung, daß er die Frau wegen Ehebruchs durch einen Scheidebrief von sich entlasse. Diese Klage ist „gleich einer anderen Streitsache zu behandeln" (§. 135 b. G. B.), d. h. die Trennung gilt als Parteisache, welche nach den allgemeinen Grundsätzen des rechtlichen Verfahrens in Streitsachen zu verhandeln ist (§. 1). Der Richter hat eine Versöhnung, einen Vergleich nicht von Amtswegen zu versuchen, den Beweis nach den Bestimmungen der G. O. aufzunehmen und zu würdigen und über die Prozeßkosten wie in einer anderen Zivilstreitsache zu entscheiden. Doch ist zur Verhandlung der Streitsache das zur Verwaltung der streitigen Ehegerichtsbarkeit berufene Gericht zuständig (§. 135 b. G. B.), welches das im Hfd. v. 23. August 1819 vorgezeichnete Verfahren einzuleiten hat.[4]) Ist das Urtheil rechtskräftig, so ist Tagsatzung zur Übergabe des Scheidebriefes anzuordnen, und die erfolgte Übergabe mit Bescheid zu beurkunden.

---

[2]) Das Gesetz v. 31. Dez. 1868 R. 3 ai. 1869 bezieht sich auf diese Vorstellungen nicht.

[3]) Das Hfd. v. 28. Juni 1806 Nr. 171 fordert einen gerichtlichen Spruch; der Richter hat aber nichts zu entscheiden, sondern bloß zu beurkunden.

[4]) Ent. v. 30. September 1885 Spruchp. 8. 46.

Digitized by Google

Diese Bestimmungen erleiden im Falle des Übertrittes eines Ehegatten zur christlichen Religion nur die Modifikation, daß der einverständlichen Trennung Vorstellungen des christlichen Seelsorgers und ein Vergleichsversuch bei Gericht vorauszugehen haben (Hfd. v. 10. August 1821 Nr. 1789), und daß der christliche Theil zur Übergabe des Scheidebriefes einen Bevollmächtigten u. zw. einen Israeliten bestellen darf (Hfd. v. 19. Mai 1827 Nr. 2277).

Die Trennung anderer trennbarer Ehen erfolgt über Antrag beider Ehegatten wegen unüberwindlicher Abneigung, oder über Klage des schuldlosen Ehegatten, gestützt auf einen der im §. 115 b. G. B. aufgezählten Trennungsgründe. In beiden Fällen ist über die Trennung so wie über die Ungiltigkeit der Ehe zu verfahren, §. 13, und hier nur noch hervorzuheben, daß bei einem Antrag auf Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung das Gericht, wenn die dafür vorliegenden Indizien nicht ausreichen, zunächst eine Scheidung von Tisch und Bett, nach Beschaffenheit der Umstände auch wiederholt anzuordnen, und daraufhin erst über die Trennung zu erkennen hat, und daß im Falle boshaften Verlassens der Trennungsverhandlung eine Ediktalladung auf ein Jahr vorauszugehen hat (§. 115 b. G. B.).

Die Auflösung der Ehe ist Gegenstand eines nicht streitigen, im G. v. 16. Feber 1883 R. 20 geregelten Verfahrens, wenn auf Auflösung durch Todeserklärung zu erkennen, oder eine Beweisführung über den erfolgten Tod nothwendig ist.

Digitized by Google

II. Das (allgemeine) summarische Verfahren.*)

§. 137.

Gesetzesquelle. Charakteristik.

I. Das allgemeine zivilgerichtliche Verfahren erwies sich für geringfügigere Rechtssachen als schwerfällig, langwierig und kostspielig. Die oberste Justizstelle und die Hofkommission in Justizgesetzsachen erkannten, daß nur eine durchgreifende Reform des geltenden gerichtlichen Verfahrens Abhilfe zu schaffen vermag. Als solche wurde das mit A. h. Ent. v. 18. Okt. genehmigte, und mit Hfd. v. 24. Oktober (Hfkd. v. 2. Dezember) 1845 Nr. 906 [1]) — kundgemachte summarische V. aufgestellt, welches mit unerheblicher Modifikation auch in Dalmatien (Hfd. v. 29. März 1848 Nr. 1130) und unverändert im Großherz. Krakau (Patent v. 23. März 1852 R. 78) eingeführt wurde.

Das Gesetz ist nicht vollständig; es bestimmt im §. 7, daß subsidiär die über das gerichtliche Verfahren ertheilten allgemeinen Vorschriften (der G. O.) auch im summarischen Prozesse zu befolgen seien. Einzelne Bestimmungen des Summ. V. wurden später für das ordentliche Verfahren rezipirt, durch die Pr. N. (§. 2) die Anwendbarkeit des Summ. V. beträchtlich ausgedehnt, und überdies für das ordentliche und Summ. V. gleichmäßige Reformen getroffen.

II. Das Hfd. v. 24. Oktober 1845 sollte „zunächst wenigstens für Streitsachen einfacher und minder bedeutender Art ein eigenes Verfahren einführen, welches mehr den Maximen des inquisitorischen Verfahrens sich nähernd dem Richter

*) Monografien über das Summ. V. von Weixelbaum, Kammerlacher, Schopf, Nippel, Kautschisch, Kalessa, Schenk. Dazu Haimerl im Magazin. 3. 357.

[1]) Auf dieses Hofdekret vom 24. Oktober 1845 wird hier ohne Zusatz Bezug genommen.

Digitized by Google

einen wirksamen Einfluß auf den Gang der Verhandlung, mehre Freiheit bei Erörterung des Sachverhaltes, und einen größeren Spielraum bei der Anleitung der Parteien gewährt, um diesen den Beistand eines Vertreters überflüssig zu machen, und in jeder Rechtssache den **status causae** mit Beseitigung aller Umtriebe gründlich und kurz ermitteln zu können, und wobei zugleich durch Abschneidung aller überflüssigen Formen und Zwischenverhandlungen für die möglichste Einfachheit und Kürze gesorgt ist". [2])

Es sollte ein mündliches Verfahren zur Wahrheit werden. Dem Richter wurde für alle Fälle, also auch, wenn die Parteien von Advokaten vertreten werden, die Leitung der Verhandlung zugewiesen; ihm wurde aufgetragen, für die Vollständigkeit der Verhandlung und erschöpfende Aufklärung der Sache zu sorgen. Die größere Mühewaltung bei der Instruktion sollte durch geringere Schwierigkeit der Entscheidung ausgeglichen werden, denn der Richter sollte durch die Verhandlung mit der Streitsache vertraut werden und selbst jede Weitwendigkeit hintanhalten. Zur Sicherung des erhofften Erfolges sollten nach der an das Wiener Zivilgericht ergangenen Weisung (Hfd. v. 28. Feber 1846 Z. 493) zur summarischen Verhandlung nicht Aushilfsreferenten, sondern wirkliche, in der Leitung mündlicher Verhandlungen und einer geziemenden, das Vertrauen der Parteien gewinnenden Handlungsweise bereits bewährte Richter bestimmt werden.

Da jedoch mit Bedacht auf das Rechtsmittelverfahren von einer ausreichenden Protokollirung der Verhandlung nicht abgesehen, und auch nicht geboten wurde, daß der Instruktionsrichter das Urtheil schöpfe, und da das neue Verfahren sich äußerlich zu eng an das alte eingelebte V. anschloß, gestaltete sich dieses neue V. im Laufe der Zeit zu einer Prozedur, die sich nur durch Äußer-

[2]) Allerunterthänigster Vortrag vom 31. Mai 1845, bei Schenk: Der österr. Summarprozeß, 1864, S. 84.

Digitized by Google

lichkeiten von dem allgemeinen V. unterscheidet, so daß selbst das Verbot der Einlegung von Protokollentwürfen (§. 33) nicht immer Beachtung findet.

§. 138.

Die Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens.

Das Summ. V. leitet der Richter ein

I. von Amtswegen:

1. bei Klagen auf eine bestimmte Geldsumme bis 500 fl. (§§. 2, 28 Pr. N.).[1]) Zu berechnen ist der Betrag wie bei der Abgrenzung der Kompetenz der städt.-deleg. Bezirksgerichte (s. §. 21). Die Anwendbarkeit des Summ. V. ist anzuerkennen für Klagen auf Anerkennung des Rechtes auf einen Fruchtgenuß, oder zum Bezuge wiederkehrender Leistungen, wenn die Jahresrente bei zeitlich unbeschränktem Bezug 25 fl., bei zeitlich beschränktem Bezug 50 fl. nicht übersteigt, ferner wenn sich der Klageanspruch zu einem alternativen Begehren um Zuspruch einer 500 fl. nicht übersteigenden Geldsumme eignet (§. 1 Bag. V.), nicht aber auch, wenn bloß aus den Behelfen der Klage oder der Beschaffenheit des Gegenstandes sich ergibt, daß der Werth die limitirte Summe nicht übersteigt.[2]) — Das Hfd. v. 15. Sept. 1847 Nr. 1085, welches das Summ. V. auch im Liquidirungsprozesse gegen die Konkursmasse statthaft erklärt, ist durch §. 131 Kon. O. behoben;

2. ohne Bedacht auf den Betrag: a) bei Streitigkeiten über das Eigenthum eines Industrieprivilegiums, und bei Klagen auf Einstellung des Eingriffes in ein solches (§. 46, Pat. vom 15. August 1852 R. 184); — b) bei Klagen auf rückständige Leistungen aus dem Unterthänigkeitsverhältnisse (M. V. vom 25. Sept. 1850 R. 369, für Galizien M. V. v. 24. Okt. 1860

[1]) Zu beachten ist, daß gleichgeartete Rechtssachen bis 50 fl., bez. bei Jahresbezügen bis 2 fl. 50 kr. und 5 fl. dem Bag. V. zufallen.

[2]) Anders im Besch. v. 22. April 1863, J. V. 53.

Digitized by Google

R. 249); — c) bei Klagen auf Ersatz für die durch Ereignungen auf einer mit Anwendung von Dampfkraft betriebenen Eisenbahn herbeigeführte körperliche Verletzung oder Tödtung eines Menschen (§. 3, G. v. 5. März 1869 R. 27); — d) bei Oppositionsklagen gegen Realexekutionen priv. Hypothekarkreditinstitute (der österr.-ung. Bank, §. 55 des Anh. zum G. v. 27. Juni 1878 R. 66, der österr. Bodenkreditanstalt, ar. 127 M. E. v. 1. Juni 1864 R. 49); — e) in jenen a. o. Verfahrensarten, bei welchen die Anordnungen über Summ. V. ergänzend zur Anwendung kommen, nämlich im Mandats- und Bestand-V.; [3])

II. über Antrag des Klägers, wenn das Klagebegehren nicht auf Geld gerichtet ist, aber der Kläger für den Klagegegenstand einen 500 fl. nicht übersteigenden Geldbetrag anzunehmen sich erbietet. Es genügt die Veranschlagung in Geld, ohne wirklich Geld anzusprechen; die Verweigerung der Annahme des Schätzungsbetrages schließt lediglich das Summ. V. aus; [4])

III. über Vereinbarung der Parteien, welche in der Klage urkundlich ausgewiesen, oder vor dem Gericht getroffen sein

---

[3]) Nach dem Gesetze für Böhmen vom 12. April 1886, Nr. 36 L. G. Bl. sind Streitigkeiten über den Bestand oder Nichtbestand der in den §§. 1 u. 2 des Pat. v. 5. Juli 1853, R. 130 bezeichneten, bis zum 12. Mai 1886 bei der Grundlasten-Ablösungs- und Regulirungs-Landesbehörde nicht angemeldeten bez. provozirten Rechte, sowie über die im §. 7 des Pat. v. 5. Juli 1853 a) bis einschließlich f) genannten Punkte nicht mehr von den in Gemäßheit des §. 34 dieses Patentes bestellten Grundlasten-Ablösungs- und Regulirungsbehörden zu entscheiden, sondern können fortan nur vor den Gerichten im summarischen Verfahren ausgetragen werden.

[4]) Schenk 134. Anderer Meinung sind Schopf und Haimerl, dann Nippel und Kautschisch; jene fordern alternatives Klagebegehren, diesen gilt der Schätzungs- als Abfindungsbetrag. Nach der Ent. v. 3. August 1881, Spruchp. 1, 168 begründet der Antrag, an Stelle des Klagegegenstandes einen Schätzungsbetrag anzunehmen, alternative Kondemnation, wenn er von dem Beklagten in der ersten Verhandlungstagsatzung angenommen wird. Im Bag. V. ist der Schätzungs- als Abfindungsbetrag bezeichnet.

Digitized by Google

muß.[5]) Eine solche Vereinbarung ist gesetzlich nicht beschränkt;[6]) doch ist sie ausgeschlossen in Rechtssachen, für welche das Gesetz einen anderen summarischen Prozeß vorgezeichnet hat, oder für welche es, wie in Konkursliquidirungs- und in Syndikatssachen (§. 131 Kon. O., §. 11 G. v. 12. Juli 1872 R. 112) das ordentliche Verfahren zur Anwendung gebracht wissen will.

Das gesetzliche summarische Verfahren wird durch Vereinbarung des ordentlichen schriftlichen Verfahrens ausgeschlossen; gefordert ist dazu (behufs Hintanhaltung von Umtrieben!) persönlich abgegebene Erklärung „der Parteien" vor Gericht, und bei Abwesenheit vom Gerichtsorte oder Verhinderung ein eigenhändig gefertigtes schriftliches Gesuch, §. 24.

IV. Das summarische Verfahren „findet statt",[7]) wenn die im Gesetz v. 16. März 1884 R. 36 zugelassene Anfechtung von Rechtshandlungen mittelst Klage ausgeübt wird, sofern nach dem Gesetz das ordentliche schriftliche oder mündliche Verfahren einzuleiten wäre. Soweit so das Summ. V. an Stelle des schriftlichen oder mündlichen Verfahrens tritt, haben die Bestimmungen der §§. 8 und 9 (Berechtigung des Richters zu persönlicher Vernehmung der Parteien, und zur Regirung persönlichen Postulirens, und Zulassung gemeiner Bevollmächtigten, s. §. 139) und des §. 51 (Ausschluß a. o. Rechtsmittel) keine Anwendung. Es ist überdies in diesem, und in jedem anderen Rechtsstreite über die Anfechtung einer Rechtshandlung, für welchen nicht das Bagatellverfahren Anwendung findet, der Richter an die gesetzlichen Regeln über die Zulässigkeit und Würdigung der Beweise nicht gebunden, sondern angewiesen, nach seiner freien, auf Grund der gewissenhaften Prüfung der vorgebrachten Beweis-

---

[5]) Die Vereinbarung gilt auch für das Rechtsmittelverfahren, Ent. v. 22. Mai 1883, Ger. Z. 1884: 25.

[6]) Anders im §. 5 Bag. V.

[7]) Vereinbarung des schriftlichen Verfahrens wollte hiermit wohl nicht ausgeschlossen werden.

Digitized by Google

mittel gewonnenen Überzeugung zu entscheiden.[8]) Die Eide des Summ. V. sind in Anfechtungsstreitigkeiten nicht ausgeschlossen; soweit jedoch die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung von dem Beweis über das Wissen und Nichtwissen eines Umstandes (daß ein Antrag auf Konkurseröffnung eingebracht wurde, bez. ein registrirter Kaufmann die Zahlungen eingestellt hat) abhängt, kann der Haupteid nicht über das Wissen und Nichtwissen, sondern nur über solche thatsächliche Umstände aufgetragen werden, aus welchen das Wissen oder Nichtwissen gefolgert werden soll (§§. 47 bis 49 des G. v. 16. März 1884 R. 36[9]).

§. 139.

Die Parteivertretung.

Im Summ. V. bedürfen die Parteien im Allgemeinen rechtsfreundlichen Beistandes nicht.

Das Gericht kann die Vertretung durch einen Advokaten bei Vermeidung der Kontumazfolgen fordern im Falle unanständigen Benehmens, — der Unfähigkeit zu verständlicher Äußerung, — und der Behelligung durch muthwillige Erneuerung bereits verworfener Klagen und Gesuche, §. 8.

---

[8]) Es entfällt also auch die Verbindlichkeit jener Bestimmungen, durch welche einer Urkunde die Kraft eines vollen Beweises zuerkannt ist (vergl. §. 36 Bag. V.).

[9]) Das Anfechtungsverfahren gestaltet sich also mannigfaltig. Für die klageweise Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner gilt

1. das Bagatellverfahren, wenn sich die Rechtssache dazu eignet;
2. das summarische Verfahren, soweit es für die Rechtssache geboten ist, oder durch Vereinbarung begründet wird;
3. das summarische Verfahren, welches an Stelle des gesetzlichen schriftlichen oder mündlichen Verfahrens einzutreten hat, und sich von dem unter 3. 2 genannten summarischen Verfahren durch Ausschluß der Bestimmungen der §§. 8, 9 und 51 des Hfd. v. 24. Oktober 1845 auszeichnet.

Wird das Anfechtungsrecht mittelst Einrede ausgeübt, so ist das für die Klage, welcher die Einrede entgegengestellt wird, vorgeschriebene oder zugelassene Verfahren maßgebend.

In allen Fällen, wo die Anfechtung nicht im Bagatellverfahren erfolgt, gilt die Sonderbestimmung des §. 48 des Gesetzes vom 16. März 1884 R. 36 über freie Beweiswürdigung und den Eid.

Digitized by Google

Das Gesetz fordert rechtsfreundliche Fertigung für die im Laufe des Prozesses oder der Exekution vorkommenden schriftlichen Eingaben, wenn sie nicht vom Bittsteller selbst abgefaßt sind, §. 10. Das Gebot besteht schlechthin, also auch für jene Gerichte, bei welchen sich nicht zwei Advokaten befinden, weil ja der Partei protokollarisches Ansuchen vorbehalten ist. Von der Advokatenfertigung befreit ist die schriftliche Klage, §. 10, und sofern im Prozeßorte nicht zwei Advokaten bestehen, auch die schriftliche Appellation (M. E. v. 18. April 1849 Z. 1249).

Die Bestellung eines Advokaten ist den Parteien freigestellt, §. 8, die daraus erwachsenden Mehrkosten erscheinen als zweckentsprechend, sind daher eventuell zu ersetzen;[1] ein Armenvertreter wird nicht bewilligt (§. 16 Adv. O.).

Der Eintritt von Advokaten ändert nichts an dem Verfahren; dem Richter bleibt die Leitung der Verhandlung aufgetragen; die ihm im §. 8 eingeräumte Befugniß, die Parteien persönlich zu laden, um sie in Abwesenheit des Vertreters zu hören, oder deren Vernehmung durch das Bezirksgericht des Aufenthaltes zu veranlassen, ist eine Maßregel, von welcher das Bag. V. (Motive 30) als unziemlich Umgang nahm.

Für Parteien, welche aus wichtigen Gründen vor Gericht zu erscheinen verhindert sind, werden Nichtadvokaten als Bevollmächtigte zugelassen, doch muß der Bevollmächtigte ein Mann, 24 Jahre alt (nicht nothwendig eigenberechtigt), mit einer schriftlichen Vollmacht versehen, von dem Gegenstand des Streites vollständig unterrichtet sein, so daß der Mangel der Information nicht Anlaß zur Erstreckung gibt, und sollen bekannte (nicht nothwendig schon verurtheilte) Winkelschreiber ausgeschlossen sein, §. 9.

Notare sind wie gemeine Bevollmächtigte zuzulassen;[2] Advokaten dürfen im Summ. V. ihre Konzipienten substituiren.[3]

---

[1] Motive zum Bag. V. 27.

[2] Besch. v. 17. Dezember 1873, Jud. B. 83.

[3] §. 15 Adv. O.

Digitized by Google

§. 140.

Die Klage und deren Erledigung.

I. Eingeleitet wird das Summ. V.:

1. mit Klageanmeldung. Es gestattet die M. V. v. 8. November 1855 Z. 12976 den Wiener Bezirksgerichten, in summ. Rechtssachen auf Anmelden des Klägers ohne vorläufige Aufnahme der Klage beide Theile zum Amtstage vorzuladen, und erst dann, wenn der Beklagte an diesem Tage ausbleibt, oder kein Vergleich zu Stande kommt, die Klage auf Begehren des Klägers zu Protokoll zu nehmen. Bei der Prüfung der Bitte um Vorladung hat der Richter nur die thatsächlichen Voraussetzungen für die Vorladung (§. 13) festzustellen, ohne auf den Klageanspruch oder dessen Begründung einzugehen;

2. regelmäßig mit Klage. Diese kann schriftlich oder mündlich angebracht werden, § 12.

a) Die Aufnahme mündlicher Klage hat der Richter bei offenbarer Inkompetenz, Mangel der Prozeßfähigkeit des Klägers, oder der Vertretungsbefugniß mündlich, und nur wenn Kläger darauf beharrt, nach protokollarischer Feststellung der genannten Umstände, schriftlich abzulehnen, §. 13: im letzteren Falle ist Rekurs (binnen 8 Tagen) vorbehalten. Waltet kein Anstand ob, so hat „das Gericht die Klage zu Protokoll zu bringen"; es hat dem Kläger die nöthige Anweisung zu geben zu einer zusammenhängenden und klaren Darstellung der rechtserzeugenden Thatsachen, zum Gebrauche der Beweismittel und zu einem der Sache angemessenen, genau bestimmten Begehren, § 14. Von Urkunden, auf welche sich der Kläger beruft, hat er, wenn es die Beschaffenheit der Sache fordert (also gewiß nicht „wenn sie in Gegentheils Händen wären") Abschriften zur Mittheilung an den Beklagten vorzulegen oder nachzutragen, §. 16, doch ist deswegen die Zustellung nicht zu verzögern, und dem Kläger vorbehalten, die Urkunden bei der Verhandlung selbst vorzulegen. — Vor unbegrün-

Digitized by Google

deten Klagen und müßigen Prozessen hat der Richter zu warnen, ev. jedoch die Klage aufzunehmen, § 15.

b) Eine schriftlich angebrachte Klage veranlaßt den Richter, wenn sie in den bei mündlicher Klage zu berücksichtigenden Punkten mangelhaft erscheint, zur Vorladung des Klägers behufs Verbesserung der Klage, §. 17, bei Abgang von Abschriften der in der Klage bezogenen Urkunden, sofern es die Beschaffenheit der Klage fordert, zur Abforderung von Abschriften zur Mittheilung an den Beklagten, §. 16. Würde der Kläger der Ladung bez. Aufforderung nicht Folge leisten, so hat der Richter bei Bestand der amtlich festzustellenden Voraussetzungen das Verfahren einzuleiten, bei Abgang derselben die Klage abzuweisen. [1])

II. Wird die Klage nicht wegen Mangels der festzustellenden Voraussetzungen abgewiesen, so hat der Richter das Prozeßverfahren einzuleiten und zw. das ordentliche V., wenn die Voraussetzungen für das Summ. V. fehlen, bei Bestand derselben aber das Summ. V. in der Art, daß er Tagsatzung zur summ. Verhandlung anordnet, und dabei entsprechend auf die Ungehorsamsfolgen Bezug nimmt.

Der Bescheid wird bei schriftlicher Klage in dorso der Doppeln, bei mündlicher Klage für den Beklagten auf einer Abschrift der protokollirten Klage, für den Kläger auf einem kurzen Klageauszug ausgefertigt, und beiden Theilen wie im ordentlichen Verfahren zugestellt.

III. Wegen Verweigerung des Summ. V. ist sofortiger Rekurs zugelassen, wegen Einleitung desselben aber ausgeschlossen und die diesfällige Beschwerde mit der Appellation gegen die Entscheidung in der Hauptsache zu verbinden, §. 46. [2])

---

[1]) Haimerl, a. a. O. 381, Schenk 160, — nicht wie Kautschisch 30 will, die Klage wegen Ungehorsams zu reponiren.

[2]) Über den Effekt dieser Beschwerde s. §. 144.

Digitized by Google

In allen anderen Beziehungen unterliegt der Klagebescheid sofortigem Rekurse.[3])

§. 141.

Die Tagsatzung zur summarischen Verhandlung.

I. Die zur summarischen Verhandlung verwiesene Streitsache kann ohne Begründung eines Streitverhältnisses abschließen durch Submission und Vergleich. Beide Prozeßakte vollziehen sich wie im ordentlichen Verfahren (s. §§. 80, 84); eigenthümlich ist dem Summ. V. nur, daß der Richter in der Tagsatzung durch Vernehmung des Beklagten über den Gegenstand und die Veranlassung des Streites Aufklärung zu suchen, und wenn dieser die Forderung im vollen Betrage anerkennt, die Sache durch Submissionsurtheil abzuthun, andernfalls aber einen Vergleich zu versuchen hat, §. 23. Der Mangel der Vergleichsbefugniß der Parteivertreter könnte den Richter zu persönlicher Vernehmung der Parteien nach §. 8 veranlassen; doch wird er davon Umgang nehmen, wenn die Partei den Vertreter zur Streitverhandlung angewiesen hat. Die Erfolglosigkeit der Vergleichsverhandlung ist im Protokolle zu bemerken.

II. Prozeßhindernde Einreden (s. §. 84) kennt das Summ. V. im Allgemeinen nicht, §. 26. Die Einrede rechtskräftiger Feststellung der Klagesache ist im Summ. V. niemals Gegenstand selbstständiger Entscheidung, kommt also nur als peremtorische Einrede gegen den Klageanspruch in Betrachtung. — Die gerichtsablehnenden Einreden (der Inkompetenz, Litispendenz und Prävention) sind bei Vermeidung gleicher Rechtsfolgen wie im ordentlichen Verfahren bei der ersten Tagfahrt, bei welcher beide Theile erscheinen, die also vor sich geht, vorzubringen;[1]) doch ist gleichzeitige Antwort auf die Klage nicht zu verweigern und wenn es geschieht, die Rechtsfolge dieser Verwei-

[3]) Besch. v. 17. Juni 1857, J. V. 22.

[1]) Ent. v. 31. Mai 1874, Sp. R. 71.

Digitized by Google

gerung durch Urtheil festzustellen, wenn die geltend gemachte Einrede nicht anerkannt wird (Ref. v. 14. Juni 1784 Nr. 306). Der Richter ist nicht angewiesen, über die genannten Einreden abgesondert zu verhandeln und zu entscheiden; wird jedoch die Inkompetenz im Laufe der Verhandlung offenbar, so hat er das eingeleitete Verfahren mit Bescheid einzustellen.

Die Einrede des Mangels aktorischer Kaution ist erst von der Praxis begründet worden. Sie ist zweifellos auch im Summ. V. vor der Streiteinlassung zu erheben, und wenn sie nicht als muthwillig erkannt wird, ausreichender Grund für die Erstreckung der Tagsatzung. Der Kautionsauftrag befreit von der Streiteinlassung.

Die nominatio auctoris begründet hier wie im ordentlichen V. eine vor der Streitverhandlung zu erledigende Inzidenz.

III. Die mündliche summarische Verhandlung, gleichviel ob sie die Streitsache oder einen Nebenpunkt betrifft, ob Advokaten interveniren oder nicht, hat der Richter zu leiten. Er soll die Erklärungen zu Protokoll nicht unüberwacht den Parteien überlassen, noch weniger die Einlegung von Protokollentwürfen zulassen, §. 33. Der Richter hat nach §. 25 bei der Leitung der Streitverhandlung:

1. für ein regelmäßiges Verfahren, also dafür zu sorgen, daß Einrede, Replik und Duplik in derselben Vollständigkeit wie im ordentlichen V. aufeinander folgen, und das Instruktionsverfahren mit der Duplik den sachgemäßen Abschluß finde. Weitere Äußerung und Gegenäußerung soll er nur zulassen, soweit es zur Aufklärung über streitige Thatsachen nöthig ist; damit sind für diese weiteren Reden Rechtsdeduktionen ausgeschlossen. — Die Vollständigkeit der einzelnen Reden erfordert bei Rechtsunkenntniß entsprechende Belehrung über die Grundsätze des Verfahrens. Jeder Zeitverlust mit offenbar nicht zur Sache dienlichen oder bereits vorgekommenen Bemerkungen ist hintanzuhalten;

Digitized by Google

2. genaue, der Wahrheit getreue Angaben über die entscheidenden Umstände zu fordern;

3. die Parteien zur Benützung der erforderlichen Beweismittel, zu einer bestimmten und klaren Äußerung über die vom Gegner angeführten Thatsachen, und über die Echtheit der Urkunden aufzufordern, und mit den Folgen der Verweigerung einer deutlichen Erklärung bekannt zu machen;

4. jedenfalls die Verhandlung so zu leiten, daß der Gegenstand des Streites von beiden Seiten vollständig erörtert wird. Der Richter hat also, wenn mit der Duplik die Verhandlung nicht erschöpft erscheint, weitere Äußerung und Gegenäußerung nicht blos zuzulassen, sondern selbst zu veranlassen. Es ist jedem Streittheile, also auch der von einem Advokaten vertretenen Partei vorbehalten, aus Versehen übergangene Beweise, und wohl auch Thatsachen nachzuholen, womit die Neuerungsbewilligung entfällt, aber auch dem Richter die Berechtigung zuerkannt erscheint, die Parteien bei Absichtlichkeit oder Nachlässigkeit mit den Rechtsfolgen verspäteten Vorbringens zu behaften. Die Konzentrationsmaxime mit der Folge der Präklusion erscheint nur abgeschwächt, nicht beseitigt.

Ergibt die Prüfung der nach Abschluß der Instruktionsverhandlung verzeichneten Akten ein Versehen des Instruktionsrichters in Betreff der Vollständigkeit der Verhandlung, so ist von Amtswegen eine Ergänzungstagsatzung anzuordnen, welche sich auf die Behebung der „wahrgenommenen Mängel" beschränkt, und es in allen übrigen Beziehungen bei der durch den Schluß der Instruktionsverhandlung begründeten Präklusion beläßt. [2]) Dieser Ergänzungsverhandlung steht auch eine bereits vollzogene Beweisaufnahme nicht entgegen. [3])

[2]) Es können demnach auch nur die Kosten der Ergänzungsverhandlung liquidirt werden.

[3]) Schrutka: Prakt. Fragen 46, und die Kommissionsverhandlungen bei Schenk 195.

Digitized by Google

Über die Klageänderung und Klageverbesserung sind die für das ordentliche mündliche Verfahren erlassenen Vorschriften (s. §. 90) maßgebend. Die Praxis läßt auch die Änderung einer schriftlichen Klage zu[4]) und zw. im Anschluß an §. 20 a. G. O.; sie übersieht dabei, daß der Richter im Summ. V. die Bestimmtheit des Klageanspruches schon bei der Aufnahme bez. Erledigung der Klage zu prüfen hat.

IV. Das Nichterscheinen oder Nichtverhandeln bei der für die summarische Verhandlung bestimmten Tagsatzung begründet die Kontumaz unter denselben Voraussetzungen wie im mündlichen Verfahren (s. §§. 61 u. 88). Eine schriftliche Einrede ist nicht geeignet, den Beklagten in der ersten Tagsatzung vor der Ungehorsamsbehandlung zu schützen, weil nach §. 24 die Vereinbarung des schriftlichen Verfahrens, nicht aber ein darauf abzielender einseitiger Antrag für den Richter maßgebend ist. Nach §. 18 hat das Gericht bei Ausbleiben des Beklagten die in der Klage angeführten Thatsachen, soweit dieselben durch die von dem Kläger vorgelegten Beweismittel nicht widerlegt werden, für wahr zu halten. Diese auch in die §§. 11, 25 und 32 g. G. O. aufgenommene Bestimmung ist keine Sonderheit des summarischen Verfahrens (s. §. 117).[5])

Die Ungehorsamsfolgen werden durch Rechtfertigung des Ausbleibens abgewendet. Die Rechtfertigung kann auch mündlich (zu Protokoll) erfolgen,[6]) jedoch nur binnen 8 Tagen nach Wegfall des Hindernisses; verspätete Gesuche sind ohne Vernehmung des Gegners (doch nicht bei ausgewiesener Zustimmung) abzuweisen. Bei der über das Gesuch angeordneten Tagsatzung ist im Falle der Bewilligung desselben sogleich in

[4]) G. U. 1255, 1296, 3586.

[5]) Anders Kautschisch 31; es resultire diese Beschränkung aus dem Wegfall der Verhandlungsmaxime.

[6]) Telegraphische Rechtfertigung gegen nachträgliche Ausführung ist ausgeschlossen, G. U. 5073.

Digitized by Google

der Hauptsache weiter zu verhandeln, §. 19. Das gilt, wenn der Gegner das Ausbleiben für entschuldigt erkennt, da bei kontradiktorischer Verhandlung eine schriftliche Entscheidung zu erfolgen hat. Die Bestimmung des §. 20, daß das Rechtfertigungsgesuch wohl die Schöpfung und Zustellung des Kontumazurtheiles (litem), nicht aber die Exekution des mittlerweile bereits zugestellten [7]) Urtheiles (sententiam) suspendire, ist durch Hfd. v. 19. Feber 1846 Nr. 937, — die Bestimmung des §. 46, daß gegen den Bescheid, mit welchem das Ausbleiben für gerechtfertigt erkannt wird, Rekurs unzulässig sei, [8]) durch Hfd. v. 29. April 1846 Nr. 957 auch im ordentlichen V. geltend erklärt.

V. Bezüglich der Erstreckung der Tagsatzung (s. §. 59) gelten folgende Sonderbestimmungen:

1. Die einverständliche Erstreckung erfordert eine von beiden Theilen eigenhändig unterzeichnete schriftliche, oder in Person vor Gericht abgegebene Erklärung, §. 22.

2. Das Nachsehen des Ausbleibens mit der Bitte um Anordnung neuer Tagsatzung steht nur der Partei zu, §. 22.[9])

3. Der Beklagte ist zur vorläufigen Mittheilung der in der Tagsatzung zu benützenden brieflichen Urkunden (§. 25 a. G. O.) nicht angewiesen, daher auch zum Ersatze der Kosten der diesfalls erstreckten Tagsatzung nicht zu verhalten, §. 27.

4. Der Richter hat zu Folge des Prozeßleitungsrechtes eine weitreichende Erstreckungsbefugniß. Er ist angewiesen, die Tagsatzung von Amtswegen zu erstrecken: a) wenn er die Partei zur Verhandlung durch einen Advokaten anzuweisen findet, §. 8; b) wenn er die persönliche Vernehmung der Partei beschließt, §. 8.

---

[7]) Schenk, S. 165, die Zustellung ist vollendet, wenn sie an beide Theile erfolgt.

[8]) S. über den Ausschluß des Rekurses §§. 61 und 123. II.

[9]) Beide Bestimmungen, zur Vermeidung von Umtrieben gegeben, sind in Vergessenheit gekommen, und auch bei Gestattung der Parteivertretung nicht brauchbar.

Digitized by Google

Für den Fall des Ungehorsams kann der Partei das Fürwahrhalten bestimmt bezeichneter Thatsachen angedroht werden; c) wenn der Vertreter der Partei nach §. 9 zur Verhandlung nicht zugelassen werden darf, also insbesondere auch dann, wenn ihm die Prozeßvollmacht fehlt; d) wenn der Beklagte als prozeßunfähig erkannt wird, §. 21, in welchem Falle zur neuen Tagsatzung der Vertreter desselben zu laden ist. Der prozeßunfähige Kläger ist an seinen Vertreter zu weisen.

Bei Verweigerung der Erstreckung ist die Fällung und Herausgabe des Kontumazurtheiles nicht zu verzögern, weil die Beschwerde gegen die Erstreckungsverweigerung mit der Appellation gegen die Entscheidung der Hauptsache zu verbinden ist, §. 46. [10])

§. 142.

Der Beweis.

I. Der Beweis durch Zeugen ist nur formell umgestaltet. Es erfolgt: 1. die Anbietung durch Bezeichnung der Zeugen und der festzustellenden Thatsachen; Weisartikel sind entbehrlich. Die Anbietung hat ordentlicherweise bei der Anführung der bezüglichen Thatsachen zu geschehen, kann aber bei Versehen bis zum Schlusse der Verhandlung erfolgen, §§. 41, 25. — 2. Zugelassen wird der Beweis nach Schluß des Instruktionsverfahrens mit Bescheid, in welchem die Zeugen und (auch bei Vorlage von Weisartikeln) die durch sie festzustellenden Umstände bezeichnet, und zugleich das Erforderliche zur Abhörung der Zeugen bei dem Prozeßgerichte oder einem um die Zeugenabhörung zu ersuchenden Richter verfügt wird, §. 39. Es entfällt also im Summ. V. die Beweisantretung. — 3. Die Beweisaufnahme regeln die §§. 18—22 Pr. N. gleichmäßig für das ordentliche und summ. V. — Nach Abschluß der Beweisaufnahme schreitet das Gericht ohne Beweisausführung und Akten-

[10]) Über die entgegenstehende Praxis s. §. 144, IV.

Digitized by Google

inrotulirung zur Schöpfung des Urtheils in der Streitsache, bei dessen Zustellung dem Sachfälligen, ev. beiden Theilen neben den Entscheidungsgründen auch Abschriften der Verhörsprotokolle von Amtswegen zuzustellen sind, damit die Parteien auch ihre Beschwerden gegen die Würdigung der Aussagen ohne Verzug in der Appellation ausführen können, § 41.

Ist zur Zeit der Zulassung des Zeugenbeweises ein Theil des Klageanspruches spruchreif, so hat der Richter in demselben Enuntiat das Theilurtheil und die Beweisanordnung hinauszugeben. [1])

Der Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtnisse folgt den im ordentlichen V. dargestellten Bestimmungen; ein summ. Zeugenbeweis erscheint zulässig, §. 7; die Beschwörung der Zeugnisse ist mit Bescheid zuzulassen, §. 39.

II. Der Beweis durch Kunstverständige ist nur über Antrag der Parteien zuzulassen. Findet der Richter bei Abgang einer Anbietung ein fachmännisches Gutachten zur Entscheidung nothwendig, so kann er den erforderlichen Parteiantrag durch nachträgliche Vernehmung der Parteien veranlassen. [2]) Der Antrag ist bei Obwalten eines Versehens bis zum Schlusse der Verhandlung zulässig und hat die Bezeichnung der festzustellenden Thatsachen zu begreifen. Zuzulassen ist der Beweis mit Bescheid, welcher ebensowenig wie das bezügliche Beiurtheil sofortigem Rechtsmittel unterliegt (§. 46 Summ. V. und §. 17 Pr. N.). In dem Bescheide sind die durch die Experten aufzuhellenden Thatsachen zu bezeichnen, und die Parteien zur Vernehmung über die Wahl der Sachverständigen zu laden, wodurch die im §. 191 a. G. O. freigelassene Rekusation der einseitig vom Richter ernannten Sachverständigen entfallen soll. Ist wegen Aufnahme der Expertise

[1]) Schrutka: Prakt. Fragen S. 45 fordert Zerlegung der Entscheidung in Urtheil und Bescheid.

[2]) Schenk 195.

Digitized by Google

ein Gericht zu ersuchen, so ist diesem die Vernehmung der Parteien zur Auswahl der Sachverständigen vorzubehalten. Nach der Auswahl der Experten ordnet der Richter die Augenscheinstagsatzung an, und schreitet nach gesetzmäßiger Beweisaufnahme ohne Beweisausführung und Akteninrotulirung zum Urtheile, mit welchem dem Sachfälligen, ev. beiden Theilen Abschriften von Befund und Gutachten von Amtswegen zuzustellen sind, §. 41.

Der Beweis zum ewigen Gedächtnisse folgt den Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens.

III. Der Beweis durch briefliche Urkunden ist bei der Verhandlung anzubieten, §. 25; nach Beschaffenheit ist aber allerdings der Kläger anzuweisen, von den in der Klage angeführten Urkunden sofort Abschriften zur Mittheilung an den Beklagten zu überreichen, §. 16. Befinden sich Urschriften der Urkunden, auf welche sich eine Partei beruft, in Verwahrung des Gerichtes oder einer anderen öffentlichen Behörde, so hat sich das Gericht von Amtswegen für die Herbeischaffung derselben zu verwenden, §. 30; andernfalls hat die Partei die Urkunden, auf welche sie sich beruft, zur Tagsatzung mitzubringen, §. 22, und sie über Verlangen dem Gegner in Urschrift vorzuweisen (Inspektion), §. 27. Die Inspektion der Handelsbücher erfolgt nach den darüber gegebenen besonderen Vorschriften, §. 30.

Es gilt zum Nachtheile des Probaten das Original für echt, und die mitgetheilte Abschrift für richtig, wenn er die Echtheit und Richtigkeit zu bestreiten unterläßt, §. 29. Beides soll am gehörigen Orte, d. h. in der, der Vorlegung der Urkunde nachfolgenden Rede geschehen; Präklusion tritt aber doch wohl nur ein, wenn dem Richter diesfalls kein Versehen bei der Prozeßleitung zur Last fällt.

Der Probant verwirkt den Urkundenbeweis a) wenn er über diesfälliges Verlangen das Original bei der Verhandlungstagsatzung nicht vorweist, §. 27 (§. 126 a. G. O.). Da aber

Digitized by Google

§. 22 jenem, welcher die Urkunden zur Tagsatzung nicht mitbringt, zunächst blos Kostenersatz auflegt, tritt die Präklusion erst ein, wenn die Vorlegung in der deswegen erstreckten Tagsatzung nicht erfolgt; b) wenn bei Bestreiten der Echtheit das Original den Prozeßakten nicht beigelegt wird, §. 27, denn der Richter hat die Vergleichung der Handschriften, allerdings wohl nur über Antrag und bei Vorlage von Vergleichungsstücken oder bei Bezugnahme auf solche (§. 30), selbst vorzunehmen.

Besonderes gilt für den Echtheitsbeweis. Der Beweis durch Vergleichung der Handschriften ist bestimmt geordnet im §. 43. Der Richter hat diese Vergleichung in der Regel selbst (allein) vorzunehmen, in zweifelhaften Fällen aber im kurzen Wege das Gutachten von Sachverständigen einzuholen, und sohin dem Sachfälligen, ev. beiden Parteien Abschriften dieses Gutachtens mit den Entscheidungsgründen zuzustellen. — Für den Echtheitsbeweis durch Eid ist zum gemeinrechtlichen Diffessionseid zurückgegriffen §. 37.[3]) Es hat auf Verlangen des Gegners zu schwören: a) der angebliche Aussteller der Urkunde ohne den Beisatz des Wissens und Erinnerns, und ohne sich dem Eide durch Relation entziehen zu dürfen:[4]) daß die Urkunde weder von ihm selbst, noch mit seiner Beistimmung von einem Dritten geschrieben oder unterschrieben worden sei; — b) der Probat, dessen Schrift oder Unterschrift nicht in Frage steht: daß er die Urkunde nach seinem besten Wissen für

---

[3]) Nach Schrutka-Heyßler, in Grünhuts Z. 13, 77 begründet der §. 37 Summ. V. eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß der Produzent die Echtheit der Privaturkunde zu beweisen habe.

[4]) Ausgenommen der Deferent trägt den Eid rückschiebbar auf G. U. 6713, bedient sich also des Haupteides an Stelle des Diffessionseides. Ent. v. 19. November 1884, Jur. B. 1885: 2. Dagegen allerdings die Kommissionsanschauung bei Schenk 189, das Recht zur Bestreitung müsse beschränkt werden, wo es sich nicht blos um Thatsachen handelt, sondern die Behauptung einer Fälschung vorgebracht wird.

Digitized by Google

unecht halte. Dieser Eid kann auch einem Kurator, einem gesetzlichen Vertreter zugeschoben werden, und ist normal rückschiebbar, daher zur Irreferibilität gefordert unrückschiebbare Delation und Begründung der Irreferibilität. Der zurückgeschobene Eid ist vom Produzenten der Urkunde ohne Beisatz abzulegen; dem Produzenten ist aber auch vorbehalten, den Kredulitätseid des Produkten durch anderen Beweis für die Echtheit der Urkunde zu vermeiden.

IV. Die Parteieide sind im Summ. V. beibehalten. Auf den Schätzungs- und Erfüllungseid kann der Richter auch von Amtswegen erkennen, §. 35; der Haupteid ist von dem Probanten referibel oder irreferibel zu deferiren, doch hat sich der Delat schon im Zuge des Verfahrens über die Annahme oder Rückschiebung, ev. über Aufforderung des Richters, zu erklären. Bei Abgang ausdrücklicher und rechtsgiltiger Erklärung ist nur auf den Eid des Delaten zu erkennen; rechtsungiltig ist die Zurückschiebung bei begründeter irreferibler Delation. Ist der Eid ausdrücklich und rechtsgiltig zurückgeschoben, so ist nur der Eid des Deferenten zuzulassen.

Die im Urtheile zum Eide berufene Partei hat den Eid anzutreten, wenn das Urtheil der Appellation oder ordentlichen Revision unterliegt, binnen drei Tagen nach der Rechtskraft (§. 224 a. G. O.), also mit Bedacht auf §. 44 binnen 11 Tagen nach der Zustellung des Urtheiles, — wenn aber ein Urtheil der letzten Instanz (des O. G. H., oder ein bestätigendes Urtheil des O. L. G.) vorliegt, binnen 14 Tagen nach der Zustellung (Hfd. v. 31. Dez. 1846 Nr. 1015, M. V. v. 15. Feber 1853 R. 29). — Die Zulässigkeit einer durch die Akten gerechtfertigten Berichtigung der in einem rechtskräftigen Urtheil festgestellten Eidesformel folgt aus dem Wesen des Summ. V. [5]) Ersetzt wird der Eid wie im ordentlichen Verfahren durch Ver-

[5]) Ent. v. 6. Mai 1885, Spruchp. 2, 291.

Digitized by Google

zicht des Gegners, mittlerweile durch Unterschrift und Bestätigung der Eidesformel, und durch den Tod des Schwurpflichtigen (s. §. 94).[6])

Nach §. 38 ist nicht bloß die Gewissensvertretung (s. §. 96), sondern auch der Gegenbeweis zur Verhinderung falschen Eides (s. §. 94) bei der Hauptverhandlung, u. zw. bis zum Schlusse derselben anzubieten, widrigens aber als ausgeschlossen zu achten. Ausgeschlossen erscheint hiermit nicht die Gestattung der Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundener Beweismittel noch vor der Ableistung des Eides (s. §. 125), — die Zulassung des Gebrauches früher nicht geflissentlich verschwiegener Beweismittel, wenn mit denselben nur Thatsachen festgestellt werden sollen, welche die Zulassung des Eides des Gegners ausgeschlossen hätten, oder wenn mit denselben hintangehalten werden soll, daß der durch Tod vereitelte Eid des Gegners für abgelegt gehalten werde.[7])

§. 143.

Das Urtheil.

Bei der Schöpfung des Spruches auf Grund der in der letzten Verhandlungstagsatzung verzeichneten, und allenfalls durch einen nachgefolgten Zeugen- oder Sachverständigenbeweis verstärkten Akten, ist vor Allem die Vollständigkeit der Verhandlung zu prüfen, und ein diesfälliger Mangel durch Anordnung einer Ergänzungstagsatzung zu beheben. Den Schätzungs- und Erfüllungseid hat der Richter nach Bedarf zu fordern, auch wenn sich der Probant dazu nicht erboten hat; bei Eideszuschiebung kann nur auf den Eid des Delaten oder des Relaten erkannt werden.

---

[6]) Die Entscheidung v. 6. Nvbr. 1873, im Sp. R. 62, daß der Eid durch den Tod auch dann ersetzt behandelt werden soll, wenn Anbietung oder Annahme von einem gemeinen Bevollmächtigten auf Grund der species facti, oder schriftlicher Vollmacht erfolgt ist, erscheint nicht begründet.

[7]) D. Ullmann, in den Mittheilungen des deut. Jur. V. 1883 S. 86.

Digitized by Google

Wurde dem zugeschobenen Eid im Zuge der Verhandlung ein Beweis zur Gewissensvertretung entgegengestellt, so ist bei Mißlingen dieses Beweises des Gegners Behauptung für wahr zu halten; es ist auch Eid nicht mehr zu fordern, wenn der Beweis zur Vermeidung falschen Eides nicht rechtsbeständig ausgefallen ist.

In dem Urtheile ist ersichtlich zu machen, daß die Rechtssache summarisch verhandelt wurde; sachgemäß wird nicht bloß die Frist zur Antretung des zugelassenen Eides, sondern auch die Frist zur Appellation angegeben.

Das Urtheil ist nicht mündlich kundzumachen, sondern in schriftlicher Ausfertigung beiden Theilen ad manus zuzustellen; dabei ist dem Sachfälligen, und wenn kein Theil vollständig obsiegte, beiden Theilen, wie nun auch im ordentlichen Verfahren (§. 23 Pr. N.), eine gebührenfreie Abschrift der abgesondert ausgefertigten Entscheidungsgründe (M. E. v. 2. Okt. 1857 Z. 18534, §. 20 G. v. 29. Feber 1864 R. 20), und überdies auch eine Abschrift der Zeugen- und Sachverständigenvernehmungsprotokolle zuzustellen, §§. 41, 42, 43.

§. 144.

Die Rechtsmittel.

I. Die Appellation ist binnen 8 Tagen nach der Zustellung des Urtheiles, §. 44, und wenn dabei der Verpflichtung zur Mittheilung der Entscheidungsgründe und der Beweisprotokolle nicht genügt wurde, nach der in obiger Frist anzusuchenden Ergänzung[1]) anzubringen, und bei Versäumung dieser unerstreckbaren Frist (§. 6 Pr. N.) von der ersten Instanz zurückzuweisen, §. 48, selbst wenn der Gegner noch nicht um Exekution angesucht hat. Die Annahme einer verspäteten, aber vom Gegner mitgefertigten Appellationsschrift darf nicht verweigert werden.[2])

---

[1]) Ent. v. 29. Oktober 1872, Spr. N. 26.

[2]) G. U. 5712.

Digitized by Google

Die Appellation kann auch mündlich (zu Protokoll) angebracht werden. Anmeldung und Beschwerde sind zugleich anzubringen; abgesonderte, später (d. h. nach Ablauf von 8 Tagen) überreichte Beschwerden sind nicht anzunehmen. Die Appellationseinrede ist ausgeschlossen, §. 44; eine Inrotulirung aus Anlaß der Appellation hat nicht statt, es sind daher die Akten sogleich mit Bericht an das O. L. G. zu leiten, §. 48. Demnach wird auch die Appellationsanmeldung und Beschwerde dem Appellaten lediglich zur Wissenschaft mitgetheilt, wozu bei schriftlicher Appellation, welche rechtsfreundlicher Fertigung nur bei Bestand zweier Advokaten im Gerichtsorte bedarf (J. M. V. v. 18. April 1849 Z. 1249), das eine der beigebrachten Doppeln, bei mündlicher Appellation eine Abschrift des Protokolles dient. Der Appellant ist von der gerichtlichen Verfügung auf einer offiziösen Rubriksausfertigung zu verständigen.

Das O. L. G. hat in den Grenzen der Appellation, also ohne weitere Prüfung derjenigen Punkte, wider welche nicht appellirt wurde, zunächst zu untersuchen, ob sich in der Verhandlung ein wesentliches, und nicht blos über Parteiantrag zu berücksichtigendes Gebrechen[3]) finde, welches eine gründliche Entscheidung der Hauptsache unmöglich macht. Bei Bestand solcher Gebrechen ist mit Bescheid die Fortsetzung der Verhandlung zu verfügen, wenn der Fehler in dieser Weise behoben werden kann, §. 49.[4]) Der erste Richter hat die angeordnete Verhandlung durchzuführen, und da sich hiermit das Urtheilsmaterial erweitert, nochmals aber unabhängig von der in der obergerichtlichen Entscheidung zum Ausdruck gelangten Rechtsanschauung in der Streitsache zu entscheiden. Kann der erkannte Fehler durch Fortsetzung

[3]) Vergl. Hfd. v. 16. Juni 1788 Nr. 844, Kontumazbehandlung bei einer auf einen Ferialtag angeordneten Tagsatzung.

[4]) Durch Verbesserung der Klage G. U. 3481, durch Ergänzung der Verhandlung oder des Urtheiles G. U. 2572, 6155, durch weitere oder wiederholte Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen G. U. 3480.

Digitized by Google

der Verhandlung nicht behoben werden, so ist die Kassation auszusprechen. Gegen diesen Ausspruch steht der Partei, welche sich beschwert erachtet, und dem Richter, sofern ihm Ersatz auferlegt wird, Rekurs zu. — Ergeben sich keine, oder nur unerhebliche Fehler, so ist in die Überprüfung des Urtheiles einzugehen, und dieses entweder zu bestätigen, oder zu Gunsten des Appellanten abzuändern.

In summarischen Streitsachen kann einen Beschwerdepunkt der Appellation bilden die Inkompetenz, §. 26, die Einleitung des summarischen Verfahrens, und die Verweigerung der Erstreckung einer Tagsatzung, §. 46. Findet das O. L. G. die Inkompetenzeinrede begründet, so hat es den Beklagten von der Instanz zu entbinden; hat aber entgegengesetzt die erste Instanz sich ohne Grund für inkompetent erklärt, so ist ihr mit Bescheid die Entscheidung der Streitsache aufzutragen. Erkennt das O. L. G. das summarische Verfahren gesetzwidrig eingeleitet, so ist das Verfahren nicht zu kassiren, wenn es eine gründliche Entscheidung ermöglicht, doch ist von da ab das gesetzliche Verfahren für diese Streitsache als maßgebend zu erklären, also außerordentliches Rechtsmittel zuzulassen. — Die Verweigerung der Erstreckung einer Tagsatzung veranlaßt eine Beschwerde nur bei Ungehorsamsbehandlung; ist diese begründet erhoben, so hat das O. L. G. das Kontumazurtheil zu kassiren, und weitere Verhandlung anzuordnen.

II. Für die Revision gelten die Anordnungen über Appellation; außerordentliche Revision ist ausgeschlossen, und jeder diesfällige Antrag von der ersten Instanz zurückzuweisen, §§. 50, 51.

III. Die devolutive Nullitätsbeschwerde, mit welcher die Appellation und Revision zu verbinden ist, unterliegt den Bestimmungen über die genannten Rechtsmittel; daher ist eine Nullitätsbeschwerde an den O. G. H. bei konformer Entscheidung der 1. und 2. Instanz ausgeschlossen. Die gegen ein bestätigendes

Digitized by Google

Urtheil des O. L. G. begründete Nullitätsbeschwerde kann in summarisch verhandelten Rechtssachen nur soweit und in derselben Weise geltend gemacht werden, wie es im ordentlichen V. nach Erschöpfung oder Versäumung des Rechtszuges zulässig ist.[5])

IV. Der Rekurs, das Rechtsmittel gegen Bescheide, kann im Summ. V. auch mündlich angebracht werden; die Rekursfrist ist auf 8 Tage gekürzt, §. 45. Die Bestimmung, daß der Rekurs stets bei der ersten Instanz anzubringen, §. 45, verspäteter Rekurs von der ersten Instanz zurückzuweisen sei, §. 48, und die Frist zum Rekurse nicht verlängert werden könne, §. 47, gilt auch im ordentlichen V. (M. V. v. 28. August 1860 R. 205, §. 6 Pr. N.).

Von der im §. 46 festgestellten Beschränkung des Rekurses erscheint derzeit noch als Sonderbestimmung der Vorbehalt der Beschwerde gegen den Bescheid, mit welchem die Erstreckung einer Tagsatzung abgeschlagen wurde,[6]) und gegen den Beschluß, wodurch das summarische Verfahren eingeleitet wird. Ein Rekurs gegen den Klagebescheid aus einem anderen Grund als wegen der Form des Verfahrens ist nicht ausgeschlossen.[7]) Als Beschluß auf Einleitung des summarischen Verfahrens ist jede Verfügung des Oberlandesgerichtes zu behandeln, mit welche im Sinne des §. 49 eine Ergänzung der Verhandlung, insbesondere auch wiederholter oder weiterer Beweis durch Zeugen

---

[5]) Die Praxis läßt bei gleichlautenden Entscheidungen eine Nullitätsbeschwerde an den O. G. H. zu, so die Ent. v. 1. April 1884, Ger. Z. 1884: 41.

[6]) Auch diese Sonderbestimmung erkennt der O. G. H. durch die Pr. N. behoben. G. U. 6007, Ent. v. 10. Dezember 1884, Ger. H. 1885: 40.

[7]) Besch. v. 17. Juni 1857. J. V. 22. — Selbstverständlich ist Rekurs und zwar auch a. o. Rekurs zugelassen, wenn die Einleitung summarischen Verfahrens verweigert wird, Sp. R. 69.

Digitized by Google

und Sachverständige angeordnet wird.[8]) Außerordentlicher Rekurs ist ausgeschlossen, §. 51.

V. Die Restitution bei Versäumung einer Tagsatzung ist, wie im §. 141 dargestellt wurde, umgestaltet; die Wiedereinsetzung bei Versäumung einer Frist wie im ordentlichen Verfahren zu erwirken. — Die Restitution zur Geltendmachung von Thatsachen und Beweismitteln im Zuge der Verhandlung (das Neuerungsverfahren), und die selbstständige probatio pro evitando perjurio ist entfallen (§§. 25, 38). — Restitution wegen schlechter rechtsfreundlicher Vertretung erscheint trotz dem richterlichen Prozeßleitungsrecht nicht ausgeschlossen.

III. Das summarische Besitzstörungsverfahren.*)

§. 145.

Gesetzesquelle. Voraussetzungen für den summarischen Besitzesschutz.

I. Die K. V. vom 27. Oktober 1849 R. 12[1]) hat für die deutsch-slavischen Länder ein summarisches Verfahren bei Besitzstörungen vorgeschrieben, welches mit Verordnung vom gleichen Datum R. 13 auf Tirol und Dalmatien, und mit Ver. vom 23. März 1852 R. 78 auch auf Krakau ausgedehnt wurde.

Subsidiär sind die über das gerichtliche Verfahren ertheilten allgemeinen Vorschriften der G. O., nicht jene des Hfd. v. 24. Okt. 1845 Nr. 906[2]) zu befolgen, denn wo die V. v. 27. Okt. 1849 vom summ. Verfahren spricht (Einleitung, und §. 5), bezeichnet sie damit das in der V. v. 27. Okt. 1849 geregelte summ. Besitz-

[8]) Besch. v. 2. Juni 1853, J. B. 9; G. U. 3480.

*) Michel: Der Schutz des Besitzes in Haimerls Mag. 10. 80. — Randa: Besitz 1879 S. 106. — Derselbe in Grünhuts Z. 6. 465. — Canstein in Grünhuts Z. 5, 719, 6, 120.

[1]) Auf diese Verordnung wird ohne Zusatz Bezug genommen.

[2]) So auch die Ent. v. 29 August 1878, Spruchp. 2, 45. — Anders Menger: System 68, und Canstein: Lehrb. §. 96.

Digitized by Google

störungsverfahren; sie enthält Bestimmungen (§§. 4, 5, 6, 11, 17), welche bei Berücksichtigung des Hfd. v. 24. Okt. 1845 entbehrlich gewesen wären, und erscheint an sich nur als eine verbesserte Redaktion der älteren Gesetze über summ. Besitzesschutz (Hfd. v. 8. Okt. 1830 Nr. 2487 für Dalmatien, und Hfd. v. 13. Feber 1837 Nr. 174 für Tirol).

II. Das Gesetz gibt bloß eine Prozeßnorm für den im b. G. B. angeordneten Besitzesschutz, daher die Voraussetzungen für diesen Schutz im b. G. B. zu suchen sind. Es hat das Verfahren nicht statt, wenn der Besitz erst erworben, oder ein stärkeres Recht zum Besitze, als aus der Thatsache des letzten faktischen Besitzes folgt, geltend gemacht werden will, §. 5.[3])

Summarischen Schutz findet der letzte faktische Besitzstand, nicht die Innehabung, §. 5, ausgenommen der Detentor ist Rechtsbesitzer (Usufruktuar, Pächter) und fordert als solcher Schutz.

Schutz findet jeder Besitz, §. 5, also a) auch der unechte Besitz, ausgenommen der Kläger hat den Besitz von dem Beklagten unechterweise erworben (**exceptio vitiosae possessionis ab adversario**); b) der Sachbesitz (an Immobilien und Mobilien) und der Rechtsbesitz,[4]) speciell auch der Besitz des Rechtes auf wiederkehrende Leistungen, wenn der Leistungswille negirt wird. An Arbeitskraft besteht kein Besitz.

Schutz ist gewährt 1. bei Beeinträchtigung im Besitze (**remedium retinendae possessionis**) durch einen Eingriff

---

[3]) Ein stärkeres Recht zum Besitze kann jedenfalls nur im ordentl. V. geltend gemacht werden; ob die bezügliche Klage eine petitorische (Unger II. 266; Randa in Grünhuts Z. 7. 264; Canstein: Lehrb. II. 649) oder eine possessorische (Heyßler in Grünhuts Z. 7. 46 und 541, Menger: System §. 7 Note 6) ist, kann hier unerwogen bleiben.

[4]) Ent. v. 29. April 1884, Ger. H. 1885: 36, die Ausdehnung des Rechtsbesitzes über den bisherigen Umfang begründet eine Besitzstörung.

Digitized by Google

§. 339 b. G. B., [5]) nicht durch eine Unterlassung oder ein Naturereigniß. [6]) Der Schutz entfällt bei Versäumung der Geltendmachung des Rechtes bei der Bauvorverhandlung; — 2. bei widerrechtlicher Besitzentsetzung, §. 2 (**remedium recuperandae possessionis**), also nicht, wenn Jemand die Detention mit dem Willen des bisherigen Besitzers, sei es auch zu Folge einer List oder Bedrohung erlangt hat, oder nach Ablauf des die Detention begründenden Vertragsverhältnisses die Rückstellung verweigert. Nur bei dem Prekarium erscheint die Verweigerung der Rückstellung als widerrechtliche Besitzanmaßung, welche summarischen Besitzesschutz begründet. Unerheblich ist, ob die Besitzentsetzung durch Gewalt gegen die Person oder Sache, oder heimlich erzielt wurde, ob die Störung beabsichtigt, [7]) der Störer **bona** oder **mala fide** war, ein Schade entstanden ist oder nicht.

Gerichtlicher Schutz entfällt, wenn der Dritte in den Grenzen seiner Machtbefugniß handelt, oder das Gesetz zu einseitiger Besitzergreifung ermächtigt (§§. 422, 1321 b. G. B.), oder der Akt als Vollzug eines gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Erkenntnisses [8]) sich darstellt.

III. Voraussetzungen des possessorischen Schutzes sind:

1. daß lediglich auf Grund des letzten faktischen Besitzstandes und der Störung desselben geklagt, und für diesen Besitzstand Schutz begehrt wird, §. 5;

---

[5]) Canstein in Grünhuts Z. 6. 123, Lehrb. II. 650 nimmt summ. Schutz auch an bei der Klage auf Leistung der **cautio damni infecti** nach §. 343 b. G. B. (vergl. auch §. 15 Bes. P.); — dagegen wohl mit Recht Randa: Besitz 150 Note 1.

[6]) Die Drohung mit der Einbringung der Besitzstörungsklage ist keine Störung, Ent. v. 4. März 1885, Jur. Bl. 1885: 24.

[7]) Vergl. aber die Ent. v. 24. Jänner 1883, Spruchp. 2. 45, bei Eingriff in fremden Besitz aus Unkenntniß und Irrthum ist Besitzstörungsklage ausgeschlossen (!).

[8]) Vergl. auch §. 35 des G. v. 18. Feber 1878 R. 30, betreffend die Enteignung für Eisenbahnen.

Digitized by Google

2. daß die Besitzstörung zur Kompetenz der Zivilgerichte gehört (Einleitung). Ausgeschlossen ist also die Klage bei gemeindepolizeilichen und administrativen Verfügungen, in Wassersachen bei Störung des Gerinnes und Wasserlaufes und bei Störung solcher Anlagen, zu deren Errichtung und Änderung behördlicher Konsens gefordert ist; [9])

3. daß Kläger sogleich und längstens binnen 30 Tagen von der erlangten Wissenschaft der Störung, mit Einschließung der Ferialtage, die richterliche Hilfe ansucht, §. 2. Die Frist endet, wenn der letzte Tag ein Sonn- oder allgemeiner Feiertag ist, mit dem nächsten Werktage; [10]) sie läuft bei fortgesetzter Störung von der ersten Thathandlung, bei wiederholter von jeder Störung.

§. 146.

Die Besitzstörungsklage und die Vertheidigung.

I. Die Besitzstörungsklage begreift:

1. die Thatsache des letzten Besitzes; genügend ist nach §. 3 G. O. der Beweis des Besitzerwerbes;

2. die Thatsache der Störung unter Bezugnahme darauf, daß von der erlangten Wissenschaft der Störung noch nicht 30 Tage verstrichen sind, §. 2.

Diese Thatsachen ergeben regelmäßig auch die Klagelegitimation. Es ist zur Klage berechtigt der in seinem Besitze Gestörte, also der Sachbesitzer, auch wenn er durch eine dritte Person (Verwalter, Usufruktuar, Bestandnehmer) den Besitz ausübt; ein Mitbesitzer, wenn er durch Dritte, oder durch eigenmächtige Hand-

---

[9]) Kissling: Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof. Randa: Beiträge zum österr. Wasserrechte, 47. — Ulbrich in den Mittheilungen des deut. Jur. Ver. 1874, 10. — Strobach, in der Ger. H. 1885: 40, nimmt bei Ableitung von Gewässern die Kompetenz des Gerichtes an.

[10]) Besch. v. 16. April 1861, Jud. B. 38. — Dagegen die Ent. v. 28. März 1882, C. 2, 28.

Digitized by Google

lungen des Mitbesitzers gestört wird. Zu klagen ist der Störer, bei mandirter Störung der Auftraggeber, und auch der Beauftragte. Die Klage übergeht aktiv und passiv auf die Universalsukzessoren;

3. das Begehren. Es ist gerichtet: a) bei Klagen wegen Störung auf Wiederherstellung des durch die Störung veränderten Zustandes, §. 5, Untersagung weiterer Störung, §. 339 b. G. B., bei Besitz des Rechtes auf wiederkehrende Leistungen auf Gebot der Leistung; — b) bei Klagen wegen Besitzentsetzung auf Rückstellung des entzogenen Besitzes, und wenn der Beklagte die Sache nicht hat, auf den Besitzwerth (nicht Sachwerth).[1] Immer hat der Gestörte auch Anspruch auf Ersatz des aus der Störung erwachsenen Schadens, §. 339 b. G. B., doch kann dieser Anspruch im Besitz B. nicht verhandelt, sondern nur durch Vergleich oder Anerkennung geordnet werden, §. 5.

II. Dem Beklagten steht nur jene Vertheidigung zu, welche sich auf die Thatsache des letzten faktischen Besitzes und dessen Störung, §. 5, auf die Kompetenz, die Sachlegitimation, die Zulässigkeit des Besitz B. (**res judicata**, Litispendenz, Ablauf der 30 Tage des §. 2)[2] bezieht. Ausgeschlossen ist die Erörterung des Eigenthums, oder eines stärkeren Rechtes zum Besitze.

§. 147.

Die Besitzstörungsverhandlung.

I. Das in der Verordnung vom 27. Oktober 1849 vorgeschriebene Verfahren ist für das Gericht und die Parteien obligatorisch, also ohne besondere Prozeßbitte einzuleiten; es ist immu-

---

[1] Randa: Besitz 258.

[2] Die 30tägige Frist ist eine Verjährungsfrist, die einredeweise zur Geltung zu bringen ist; Randa a. a. O. 250, G. U. 6982, 8657, Ent. v. 16. Oktober 1883, Spruchp. 1, 234, — vom 5. Mai 1885 ebenda 8, 38, v. 10 December 1885 Ger. Z. 1886. 12.— anders Canstein: Zivilprozeß S. 490, G. U. 3470, 7098, die Frist sei eine Nothfrist und von Amtswegen zu beachten.

Digitized by Google

tabel; es ist ein mündlich-protokollarisches Verfahren, also die entscheidende Verhandlung im Protokolle zu fixiren; schriftliche Klage und schriftlicher Rekurs sind zugelassen. Für das Verfahren besteht kein Advokatenzwang; auch schriftliche Eingaben bedürfen rechtsfreundlicher Fertigung nicht.[1]) Die Vertretung durch Advokaten ist nicht ausgeschlossen, §. 4; die aus solcher Vertretung erwachsenden Mehrkosten sind zuzusprechen.[2]) Eine Berechtigung des Richters, die Partei in Abwesenheit ihres Advokaten einzuvernehmen (§. 8 Summ. V.), ist nicht anerkannt. Gemeine Bevollmächtigte sind nicht ausdrücklich zugelassen, aber bei der Dringlichkeit der Verhandlung nicht auszuschließen.

II. Die Verhandlung ist thunlichst beschleunigt. Es ist vor Allem der Prozeßstoff, Angriff und Vertheidigung, beschränkt; aber auch die Beweismittel an Zeugen und Urkunden, auf welche sich die Parteien berufen wollen, müssen zur Hand sein, §. 6; es ist also auf Zeugen und Urkunden nicht Bedacht zu nehmen, deren Stellung bez. Beschaffung mit Zeitaufwand verbunden ist. — Der Richter ist angewiesen, die Rechtssache unverzüglich zu verhandeln. Er hat die Tagsatzung zur Verhandlung ohne Bedacht auf Sonn- und sonstige Ferialtage (§. 3) auf möglichst kurze Zeit, allenfalls noch auf denselben Tag, an welchem die Klage angebracht wurde, oder den nächstfolgenden Tag anzuordnen, §. 6; er hat die Streitsache sofort nach Schluß der Verhandlung, wo möglich noch an demselben Tag zu entscheiden, und die Entscheidung beiden Theilen unverzüglich zuzustellen, §. 15. Damit der Richter in die Lage komme, die gesetzlichen Anordnungen ohne Zeitverlust zu treffen, sind die schriftliche Klage und andere Eingaben auf der Rubrik als „dringend wegen gestörten Besitzes" zu bezeichnen, §. 3. Jedes Hemmniß der Verhandlung ist beseitigt; eine Verhandlung über aktorische Kaution ist ausgeschlossen; jede Art der Vertheidigung mit der

[1] Besch. v. 15. Juni 1864, J. B. 62.

[2] Ent. v. 9. März 1880, Sp. R. 103.

Digitized by Google

Klagebeantwortung zu verbinden; die Beschwerde gegen den Bescheid, mit welchem die Verhandlung eingeleitet wird, und gegen jede Anordnung des Richters im Zuge des Verfahrens ist für den Rechtszug gegen die Endentscheidung vorbehalten, §. 16; selbst bei Verdacht einer strafgesetzwidrigen Handlung ist das zivilgerichtliche Verfahren nicht zu verweigern und nicht zu sistiren, sondern nur der Pflicht zur Anzeige (§. 84 Straf.-P. O.) zu genügen, §. 19.

III. In diesem summarischen Verfahren gilt die Offizialmaxime; der Richter hat die Verhandlung nicht bloß zu leiten, sondern die entscheidenden Umstände selbst festzustellen.

In dem Klagebescheide hat der Richter beide Theile zu der angeordneten Tagsatzung mit dem Bedeuten zu laden, daß sie alle Urkunden und Zeugen, worauf sie sich berufen wollen, mitzubringen haben, und daß im Falle des Ausbleibens einer Partei den Angaben ihres Gegners, soweit dieselben durch die vorgelegten Beweismittel nicht widerlegt werden, Glauben beigemessen, und denselben gemäß entschieden werden würde, §. 6. Erhellt schon aus der Klage die Nothwendigkeit eines gerichtlichen Augenscheines, so hat der Richter die Verhandlung nicht in die Gerichtsstube anzuordnen, sondern an Ort und Stelle vorzunehmen, und dazu auch Sachverständige zu laden, §. 7.

Erscheint zur Verhandlung nur ein Theil, so ist der Besitzstand, wie er von den anwesenden Parteien, also von der Streitpartei, den von ihr mitgebrachten Zeugen, und den zum Augenschein geladenen Sachverständigen, angegeben worden, mit Bedacht auf die vorgelegten Urkunden für wahr zu halten, und in einem Kontumazbescheid festzustellen, §. 11.

Erscheinen beide Theile, so hat der Richter einen Vergleich zu versuchen, u. zw. über die Streitsache, oder wenigstens über einen bis zur Entscheidung giltigen provisorischen Zustand. Mißlingt der Vergleich, so ist im Protokoll dessen Erwähnung zu thun, und zur Verhandlung zu schreiten, §. 11. Eine Erstreckung der Tagsatzung soll nur stattfinden über Einver-

Digitized by Google

ständniß beider Theile, oder wenn der Verhandlung der Sache ein offenbar unüberwindliches Hinderniß entgegensteht, §. 12. Bei der Verhandlung hat der Richter jede Erörterung über die Grenzen dieses Verfahrens auszuschließen, jeden Theil zu deutlicher Erklärung über die vom Gegner angeführten Thatsachen zu verhalten, §. 5, und wenn zwischen den Parteien Thatumstände streitig sind, sofort, also ohne Anordnung eines besonderen Beweisverfahrens, zur Feststellung derselben zu schreiten, §. 13.

Der Richter hat die Urkunden, welche die Parteien beigebracht haben, einzusehen und zu prüfen; er hat über streitige Umstände Zeugen oder Kunstverständige von Amtswegen zu Protokoll zu vernehmen. Dem Ermessen des Richters ist überlassen, wie viele und welche Zeugen oder Kunstverständige vernommen, und welche Fragen ihnen gestellt werden sollen, §. 13.

Die Parteien haben also bezüglich der Kunstverständigen kein Vorschlags- und kein Verwerfungsrecht; der Richter bestellt sie, er entscheidet sich für deren Vernehmung über oder ohne Parteiantrag; der Richter bestimmt die Umstände, auf welche sich die Vernehmung zu beziehen hat. — In gleicher Weise verfügt der Richter die Vernehmung von Zeugen über Umstände, welche er für erheblich erachtet, gleichviel ob die Zeugen von den Parteien, oder von Zeugen namhaft gemacht werden, ob und inwieweit die Parteien die Vernehmung der Zeugen beantragen, und welcher Art Einwendungen (vergl. §§. 140, 141 a. G. O.) sie gegen die Zeugen erheben. Was gegen die Glaubwürdigkeit der Sachverständigen und Zeugen geltend gemacht wird, ist nicht für die Zulässigkeit, nach richterlichem Ermessen für die Zulassung, jedenfalls aber für die Bewerthung der Aussage von Bedeutung. Nur darin liegt eine Beschränkung des Richters, daß die Zeugen und Kunstverständigen, sobald sie über streitige Umstände vernommen werden,[3]) auf die in der G. O. vorgeschriebene Art zu

[3]) Anders im Kontumazfalle nach §. 11.

Digitized by Google

beeiden sind, §. 14, wodurch die Zeugenschaft eidesunfähiger Personen ausgeschlossen ist.

Diese Sonderbestimmungen für das summar. Besitzstörungsverfahren folgen aus dem Forschungsrechte des Richters; für die Würdigung der vom Richter aufgenommenen Beweise sind die Beweisregeln der G. O. entscheidend.[4])

Parteieide sind in diesem Verfahren ausgeschlossen, weil die Streitsache häufig mit einer Strafsache zusammenhängt, und die Entscheidung keine endgiltige ist.

Der Richter bestimmt den Schluß der Verhandlung, sobald er die Rechtssache für spruchreif hält; das Gericht ist berechtigt, eine Ergänzungsverhandlung anzuordnen, wenn solches nothwendig erscheint.

IV. Als provisorische Anordnungen[5]) gestattet das Gesetz:

1. das Bauverbot nach Maßgabe der §§. 340—342 b. G. B.;

2. in anderen Fällen dringender Gefahr widerrechtlicher Beschädigung die Auflage, daß sich Beklagter bis zum Ausgange der Sache aller Handlungen einer bestimmten Art, oder aller Veränderungen mit dem Gegenstande des Streites bei Vermeidung angemessener Geld- oder Arreststrafe zu enthalten habe. Diese Auflage erfolgt unbedingt oder gegen Sicherstellung, jenachdem der Kläger oder Beklagte einen größeren Anspruch auf gerichtlichen Schutz hat;

3. zur Verhinderung von Gewaltthätigkeiten oder Abwendung unwiederbringlichen Schadens: a) die Untersagung aller Besitzhandlungen für beide Theile; b) die Sequestration der Streitsache, oder an deren Stelle die Zuweisung der Streitsache an denjenigen Streittheil, welcher auf gerichtlichen Schutz nach recht-

---

[4]) Menger: System §. 7 Note 6. — Canstein: Lehrb. II. 657. — Freie Beweiswürdigung anerkennt die Ent. in G. U. 6701.

[5]) Krainz: Grundriß §. 185.

Digitized by Google

licher Erwägung größeren Anspruch hat, oder dem Gegner Sicherheit leistet. Provisorische Anordnungen werden über Ansuchen schon bei Erledigung der Klage, oder während der Verhandlung bewilligt. Die getroffene Verfügung kann durch Vergleich, und über Antrag auch vom Richter modifizirt werden, §§. 8—11.

V. Die Entscheidung der Streitsache erfolgt mit Bescheid, welcher auch die Entscheidungsgründe enthalten muß, §. 15. Der Kläger kann nur abgewiesen, nicht auch (von Gerichtskosten abgesehen) kondemnirt werden, weil der Besitzstreit kein judicium duplex ist.

Als Rechtsmittel gestattet §. 16 nur den Rekurs gegen den Endbescheid. Gegen richterliche Verfügungen im Zuge des Verfahrens ist sofortiges Rechtsmittel versagt,[6]) und hiermit auch die Oppositionsklage gegen provisorische Verfügungen ausgeschlossen.[7])

Der Rekurs ist in der unerstreckbaren Frist von 8 Tagen[8]) bei der ersten Instanz mündlich oder schriftlich anzubringen, bei Verspätung von der ersten Instanz zurückzuweisen, bei Rechtzeitigkeit aber unverzüglich (ohne Akteninrotulirung) sammt den Verhandlungsakten dem O. L. G. mit Bericht vorzulegen, §. 17. Der Rekurs und die Frist dazu hemmt nicht die Exekution des Endbescheides, doch ist dem ersten Richter vorbehalten, mittlerweile nur die provisorischen Verfügungen bestehen zu lassen, §. 18. — Außerordentlicher Rekurs gegen gleichlautende Entscheidungen ist nicht ausgeschlossen;[9]) dagegen ist

[6]) Die Ent. v. 3. Mai 1882, Ger. Z. 1884: 37 erkennt auch den Rekurs rücksichtlich der wegen Verletzung der provisorischen Verfügungen verhängten Geldstrafen ausgeschlossen, u. zw. mit Recht, weil zwischen der Verfügung und dem Vollzug derselben nicht unterschieden werden darf.

[7]) G. U. 6761.

[8]) Ist der letzte Tag der Frist ein Sonn- oder allgemeiner Feiertag, so wird der Rekurs noch am nächstfolgenden Werktag rechtzeitig eingebracht, Besch. v. 16. April 1861, Jud. B. 38.

[9]) G. U. 4254, 5163.

Digitized by Google

Rekurs gegen die Entscheidung des O. L. G. ausgeschlossen, wenn lediglich eine Ergänzung der Verhandlung verfügt wird.[10])

Die Restitution schließt §. 16 aus, u. zw. zweifellos jene wegen schlechter rechtsfreundlicher Vertretung, und bei Ermittlung von Beweisen; jene zu Folge der Offizialmaxime, diese, weil ein stärkeres Recht zum Besitze im ordentlichen V. geltend gemacht werden kann. Zugelassen wird die Rechtfertigung des Ausbleibens, und Restitution bei versäumter Rekursfrist, weil in beiden Fällen ein durch das ordentliche Verfahren nicht behebbarer Nachtheil geschaffen wird. Für diese zulässige Restitution gelten die Bestimmungen der G. O.

IV. Das Verfahren in Wechselstreitigkeiten.*)

§. 148.

Gesetzesquelle. Anwendbarkeit. Zuständigkeit.

I. Gesetzesquelle ist die J. M. V. vom 25. Jänner 1850 R. 52, betreffend das Verfahren in Wechselsachen, und die J. M. V. v. 18. Juli 1859 R. 132 zur Regelung des Verfahrens bei Durchführung des in den Artikeln 25 und 29 der W. O. gegründeten Rechtes, Sicherstellung zu fordern.[1])

Die V. II findet Ergänzung in der V. I; letztere bestimmt im §. 12, daß im Wechselverfahren die in den §§. 18 bis einschließlich 20, 22, dann 25 bis einschließlich 50, 53 und 54 des Summ. V. enthaltenen Vorschriften mit einigen Abänderungen zu beachten seien.

---

[10]) G. U. 1020, 2868, 4317.

*) Kitka: Erläuterung des W. O. Kalessa: Handbuch des Wechselrechtes. Blaschke: Der österr. Wechselprozeß. Sammlung der Entscheidungen von Schuster, Peitler, Krall, Czelechowsky.

[1]) Zitirt als V. I und V. II.

Digitized by Google

II. Die V. I betrifft, wie aus den §§. 5, 18 und 20, und dem Hinzutritt der V. II ersichtlich wird, nur Klagen auf Zahlung der Wechselsumme und der Wechselregreßsumme. Das besondere Wechselverfahren gilt also nur für die genannten Wechselklagen,[2]) und für die Klagen auf Sicherstellung im Grunde der ar. 25 und 29 W. O., nicht auch für Klagen, mit welchen andere Rechte aus dem Wechsel geltend gemacht werden (so das Recht auf Duplikate ar. 66, auf Ausfolgung des Akzeptsexemplares ar. 69, des Originales ar. 72, wegen Bereicherung ar. 83,[3])) und noch weniger für Klagen, welche zum Wechsel in Beziehung stehen, aber kein Recht aus dem Wechsel betreffen (auf Deckung,[4]) auf Valuta, Akzeptation, Honorirung, Ersatz wegen unterlassener Notifikation, auf Herausgabe des Wechsels oder des eingehobenen Geldbetrages gegen den Prokuraindossatar, auf Übergabe des quittirten Wechsels nach der Zahlung). Mit Bedacht darauf ist die im §. 57 c der J. N. erfolgte Zutheilung der Streitigkeiten aus Wechselgeschäften zum Handelsgerichte bez. Handelssenate auf die zum Wechselverfahren geeigneten Rechtssachen zu beschränken, daher namentlich die Bereicherungsklage des ar. 83 W. O. objektiv auszuscheiden.[5])

III. Für die zum Wechsel-V. geeigneten Klagen ist ausschließlich zuständig der zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestellte Gerichtshof.

Örtlich zuständig ist das Gericht des Zahlungsortes (vgl. §. 43 J. N.) für alle Wechselverpflichteten. Zu-

---

[2]) Es gilt auch bei Klagen auf Zahlung oder gerichtlichen Erlag bei eingeleiteter Amortisation des Wechsels, Haimerl: Wechselrecht 1855, S. 212

[3]) Peitler 125, 188.

[4]) Peitler 9.

[5]) Ent. v. 17. September 1873, Sp. R. 57; Swoboda, Ger. Z. 1873 Nr. 81, 82; Czelechowsky Nr. 23, 310, — anders Ger. Z. 1874 Nr. 11 und 12, und Czelechowsky Nr. 16.

Digitized by Google

ständig ist auch das Gericht des Wohnsitzes,[6]) des zeitlichen Aufenthaltes, §. 1 V. I, bei Vollkaufleuten das Gericht der Niederlassung bez. Firmaprotokollirung, §. 58 J. N., u. zw. auch für den Wechselbürgen des Beklagten, §. 4.[7]) Zulässig erscheint, wenn Arrest oder Verbot erwirkt ist, auch der Gerichtsstand der Justifizirung des provisorischen Sicherstellungsmittels, ferner der Gerichtsstand der Widerklage, wenn die Vorklage bei einem Handelsgerichtshofe angebracht ist.

Die Verlassenschaftsinstanz zieht die zur Kaufalgerichtsbarkeit gehörigen Rechtssachen nicht an sich. Wechselforderungen, welche gegen eine Konkursmasse klageweise zu liquidiren sind, verfallen dem ordentlichen Verfahren, §. 131 Kon. O.

§. 149.

Die Wechselklage und deren Erledigung.

I. Die V. I und II unterscheiden Klagen, über welche Tagsatzung zur Verhandlung nach Wechselrecht anzuordnen, und Klagen, über welche ein Mandat zu erlassen ist. Die Klage erfordert schlechthin eine Thatsache, aus welcher eine Wechselverbindlichkeit entsteht (Ausstellung, Akzept, Indossirung, Honorirung, Aval), soweit das Forderungsrecht bedingt ist, die wechselmäßige Feststellung der entsprechenden Diligenz (Präsentation, Protest), und die Sachlegitimation des Klägers.

II. Die Klage auf Zahlung.

A. Bei Klagen auf Mandat, also auf Kondemnation des Beklagten ohne vorausgegangenes Gehör, doch unter Vorbehalt der Vertheidigung, welche aber eine Exekution zur Sicherstellung nicht ausschließt, hat der Kläger seinen Anspruch liquid zu stellen. Die Erlassung des Mandates erfordert (§. 5):

[6]) Des wirklichen Wohnsitzes, nicht desjenigen Wohnsitzes, welchen ar. 4 und ar. 95 W. O. für die Begründung zivilrechtlicher Wirkungen annehmen

[7]) Der §. 41 J. N. erleidet also im Wechs. V. eine erhebliche Einschränkung.

Digitized by Google

1. daß der Kläger den Original-Wechsel vorlege. Der Wechsel muß mit allen zur Giltigkeit vorgeschriebenen Eigenschaften versehen sein; auch dürfen sich gegen denselben keine Bedenken (sichtbare Gebrechen) ergeben. [1])

2. daß Kläger den Original-Protest und die Original-Retourrechnung sammt Kurszettel beibringe, insofern diese Behelfe zur Begründung des Klagerechtes erforderlich sind. Erforderlich erscheinen sie zur Geltendmachung der Regreßsumme auch gegen den direkten Wechselschuldner; erforderlich ist dazu überdies die Bescheinigung der rechtzeitigen Notifikation. Protest ist auch nothwendig zur Mandatsklage gegen den Akzeptanten bei a vista zahlbaren Wechseln (ar. 31 W. O.); er wird für die Regreßklage entbehrlich bei Protesterlaß (ar. 41 W. O.). [2]) Selbstverständlich müssen auch diese Urkunden die für ihre Giltigkeit vorgeschriebenen Eigenschaften haben und äußerlich fehlerfrei sein:

3. daß der Kläger um Erlassung des Mandates ansuche.

Die Klage enthält die Liquidation der Prozeßkosten; [3]) diese umfassen auch die Urtheilsgebühr, sofern sie durch Stempelvorlage entrichtet wird.

Der Richter hat ein Mandat nur zu erlassen, wenn es für die Hauptsache und alle in Anspruch genommenen Nebengebühren gerechtfertigt erscheint, weil die Klage nicht theilweise mit Mandat und theilweise mit Zuweisung zur Verhandlung erledigt werden kann; auch darf, soll Mandat erlassen werden, die Verjährung nicht entgegenstehen (§. 2 der Ver. v. 18. Juli 1859 R. 130).

[1]) Die Zahlungsauflage kann auch auf Grund eines nicht durch Indossament, sondern durch Zession, Erbeinantwortung oder in anderer Weise erworbenen Wechsels angesucht und erlassen werden, Besch. v. 1. Oktober 1861, Jud. B. 42.

[2]) Ent. v. 24. Mai 1877, Sp. R. 91.

[3]) Werden die Kosten nicht liquidirt, so ist im Mandatsfalle der Anspruch auf Ersatz ausgeschlossen, Besch. v. 13. Juni 1858, Jud. B. 30.

Digitized by Google

Der Zahlungsauftrag ergeht dahin, der Beklagte habe als Akzeptant, Aussteller, Indossant u. s. w. des genau bezeichneten Wechsels dem Kläger als Inhaber den Wechselbetrag sammt bestimmten Nebengebühren, einschließlich die Prozeßkosten binnen drei Tagen bei Vermeidung wechselrechtlicher Exekution zu bezahlen, oder binnen dieser Frist seine Einwendungen anzubringen, §§. 5, 7 I.

B. Fehlt die Prozeßbitte um Mandat, oder kann diesem Ansuchen „wegen eines Mangels an den beigebrachten Behelfen nicht stattgegeben werden", so ist über die Klage Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung nach Wechselrecht anzuordnen, §. 9 I.

Unzweifelhaft ist, daß für diese Klage der Anschluß einfacher Abschriften des Wechsels, Protestes und der sonstigen Behelfe genügt; im Zweifel ist die Praxis darüber, wie weit der Richter bei Prüfung der Klage neben den allgemeinen Voraussetzungen noch besondere Voraussetzungen für die Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens festzustellen habe.[1]) Die Einleitung wechselrechtlichen Verfahrens ist bedingt von einem Wechsel, d. i. einer Urkunde von gesetzlich bestimmter Form; alle übrigen Fragen sind erst nach der Verhandlung der Streitsache zu entscheiden. Als formell giltiger Wechsel erscheint auch jener, dem ein vom Wechselrechte nicht verbotener Zusatz

[1]) Der O. G. H. hat entschieden, die Klage auf Grund einer vom Kläger aus dem Gedächtnisse hergestellten Kopie sei anzunehmen (Ger. Z. 1867 S. 206); der Richter habe die Einwendung, daß dem W. ein wesentliches Erforderniß mangle, daß der Protest versäumt sei, nicht von Amtswegen zu berücksichtigen (Ger. Z. 1852 Nr. 153, Ger. H. 1869 S. 411); die Klage aus einem W., in welchem die Jahreszahl der Verfallszeit fehlt, sei anzunehmen (Ger. H. 1872 S. 193); — er entschied entgegengesetzt, die Klage sei a limine abzuweisen, sobald der Urkunde ein wesentliches Wechselerforderniß fehlt (Ger. Z. 1871 Nr. 143), speziell wenn der Beisatz „Wechsel" (Peitler Nr. 57, Czel. N. 214). die Jahreszahl bei der Verfallszeit (Peitler Nr. 15) fehlt; wenn Präjudiz oder Verjährung begründet erscheint (Peitler Nr. 17, 24. — Krall Nr. 212, 219).

Digitized by Google

ein- oder angefügt ist (die Hypotheksbestellung). [5]) Ausgeschlossen ist das Wechselverfahren bei Wechselerklärungen durch Bevollmächtigte, sofern nicht die bezügliche Vollmacht beigebracht wird (G. v. 19. Juni 1872 R. 88).

III. Die Klage auf Sicherstellung im Grunde der ar. 25 und 29 W. O.

Fundament der Klage ist die Thatsache, aus welcher der Beklagte wechselverpflichtet ist, und die Thatsache, von welcher nach ar. 25 und 29 W. O. die Verpflichtung zur Sicherstellung vor der Verfallszeit bedingt ist.

Die Regreßschuldner sind gegen Aushändigung des Protestes Sicherstellung zu leisten verpflichtet; der diesfälligen Klage ist also nur der Protest, nicht auch der Wechsel beizuschließen, und die Zulässigkeit des Wechs. Verfahrens aus der im Proteste enthaltenen Abschrift des Wechsels zu beurtheilen. Jene Mittelmänner, welche vom Besteller der Sicherheit für sich Sicherstellung verlangen (ar. 27 W. O.), bedürfen keines Protestes.

Über die Klage auf Sicherstellung ist Tagsatzung zur Verhandlung nach Wechselrecht anzuordnen, §. 5. II. Wenn aber der Kläger a) den Originalprotest beibringt, und sich gegen diesen, und den da kopirten Wechsel keine Bedenken ergeben, b) im Falle des ar. 29 W. O. die Unsicherheit durch glaubwürdige Urkunden (nicht nothwendig Urschriften) beweiset, [6]) c) eine auf den Zahlungsort lautende Nothadresse nicht zu ersehen ist, oder laut Protest

---

[5]) Anders der Besch. v. 29. Dezember 1874, Jud. B. 91. Vergl. aber Ent. v. 1. Juli 1875, Ger. H. 1875: 104 und § 4 des Wechsel-Gebührengesetzes v. 8. März 1876 R. 26.

[6]) Ungenügend ist ein Zeugniß des Gemeindeamtes, daß der Schuldner verschwunden sei, daß dessen Vermögensverhältnisse erschüttert seien und er offenbar seine Zahlungen einstellen wolle (Krall Nr. 141), die Erklärung der Gattin des Schuldners zu Protest, daß ihr Mann zu zahlen unvermögend sei (Ger. H. 1878 Nr. 10), — genügend der Nachweis, daß Exekutionen fruchtlos geblieben sind (Peitler Nr. 62, 85).

Digitized by Google

fruchtlos um Akzept angegangen wurde (ar. 29 und 52 W. O.), d) Kläger um Sicherstellungsauftrag ansucht, ist dem Beklagten sofort aufzutragen, binnen 3 Tagen bei Vermeidung wechselrechtlicher Exekution gemäß ar. 25 W. O. Sicherstellung zu leisten, oder binnen dieser Frist seine Einwendungen einzubringen.

IV. Die Klage auf Zahlung und Sicherstellung ist schriftlich anzubringen, §. 6 I,[7]) und bedarf rechtsfreundlicher Fertigung (§. 14 a. G. O. und V. v. 5. Juli 1859 R. 122).

Über die passive Streitgenossenschaft im Wechselverfahren s. §. 42 IV.

§. 150.

Rekurs und Einwendungen gegen die Klageerledigung.

I. Gegen den Bescheid, mit welchem die Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens verweigert oder angeordnet wird, steht Rekurs nach Maßgabe der Bestimmungen des Summ. V. zu. Es erscheint daher nach §. 46 Summ. V. der Rekurs wegen Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens (durch Anordnung einer Tagsatzung zur wechselrechtlichen Verhandlung) ausgeschlossen; zugelassen ist aber der Rekurs, wenn der Klagebescheid in einer anderen Beziehung beschwerend erscheint.

II. Ist über die Klage ein Zahlungs- oder Sicherstellungsauftrag ergangen, so ist Rekurs ausgeschlossen, §. 7 I, §. 2 II, selbst wenn er nicht gegen die Bewilligung des Mandates, sondern gegen die Annahme der Klage überhaupt gerichtet ist.[1]) Dem Beklagten steht nur zu, binnen der im Mandate bestimmten Frist Einwendungen anzubringen. Damit ist auch ausgeschlossen, daher ev. zurückzuweisen, eine Nullitäts-

---

[7]) Anders Canstein: Lehrb. II 683.

[1]) Anders im Mandatsverfahren, §. 3 V. v. 18. Juli 1859 R. 130.

Digitized by Google

beschwerde gegen den Klagebescheid, [2]) und das Gesuch um aktorische Kaution. [3])

Die im Mandate bestimmte dreitägige Frist für die Einwendungen läuft dem Kurator absentis von der an ihn erfolgten Zustellung, [4]) den mehren Beklagten selbstständig. Die Frist ist unerstreckbar, [5]) daher sind Fristgesuche als unzulässig abzuweisen. [6]) Ferialtage beirren den Fristenlauf nicht, nur wenn der letzte Tag der Frist ein Sonn- oder allgemeiner Feiertag ist, endet sie am nächstfolgenden Werktag (§. 25 I, Pr. N. §. 5). Der Umstand, daß keine Partei an den Feiertagen ihrer Religion vor Gericht zu erscheinen schuldig ist (§. 25 I), nimmt auf die Fristberechnung keinen Einfluß, weil die Einwendungen wohl mündlich, aber auch schriftlich angebracht werden können.

In diese dreitägige Frist sind die Tage, während welcher die eingebrachten Einwendungen auf der Post gelaufen sind, nicht einzurechnen, §. 7 I, §. 2 II. Das gilt nicht, wenn Einwendungen durch einen Boten bei Gericht angebracht werden, [7]) und wenn sich eine im Gerichtsorte befindliche Partei der Lokalpost bedient. [8]) Werden Einwendungen zur Verbesserung zurückgestellt, so sind die Tage des Postenlaufes in die Reproduzirungsfrist einzurechnen. [9])

---

[2]) Krall, 27.

[3]) Jur. Bl. 1881 S. 292. Zulässig ist ein Rekurs wegen des Betrages der im Mandate zuerkannten Kosten Ger. Z. 1882, 18.

[4]) Besch. v. 4. November 1862, J. B. 50.

[5]) Besch. v. 15. April 1852, J. B. 14.

[6]) Peitler, 32.

[7]) Ger. Z. 1870: 80.

[8]) Ent. v. 9. Mai 1876, Sp. R. 86. — Die Ent. v. 2. Juni 1885, Jur. Bl. 1885: 30, daß eine dem Postenlaufe gleichkommende Zeit dem außerhalb des Gerichtsortes wohnhaften Beklagten auch dann zu statten komme, wenn die Einwendungen durch einen am Gerichtsorte wohnhaften Advocaten überreicht werden, ist wohl nur durch die Rücksicht auf die konkrete Sachlage zu erklären.

[9]) Ger. H. 1869 S. 398.

Digitized by Google

Die Frist ist eine Fallfrist ipso jure, daher verspätete Einwendungen von Amtswegen zurückzuweisen sind, selbst wenn der Kläger noch nicht um Exekution angesucht hat.[10]) Die Exekution des Mandates darf der Richter nur bewilligen, wenn mit Rücksicht auf den Postverkehr zwischen dem Aufenthaltsorte des Beklagten und dem Gerichtsorte die rechtzeitig der Post übergebenen Einwendungen bereits eingelangt wären.

Die Einwendungen können mündlich oder schriftlich angebracht werden. Schriftliche Einwendungen unterliegen, wie andere schriftliche Eingaben im mündlichen Verfahren dem Advokatenzwange, wenn im Gerichtsorte zwei Advokaten bestehen; doch hat diese Bestimmung keine Anwendung auf Einwendungen, welche von einer außerhalb des Gerichtsortes wohnenden Partei eingesendet werden (V. v. 5. Juli 1859 R. 122).

In der dreitägigen Frist hat der Beklagte „alle seine Einwendungen" (ar. 82 W. O.), gleichviel ob sie liquid sind oder nicht, anzubringen, daher nach §. 7 a. G. O. sowohl jene, welche aus einem Faktum, wie jene, welche aus dem Gesetze entspringen. Auf Einwendungen, welche in der Duplik vorgebracht werden, ist kein Bedacht zu nehmen.[11]) Der Prozeß auf Sicherstellung präjudizirt dem Rechtsstreit auf Zahlung nicht, daher im Zahlungsprozesse Einwendungen zulässig sind, welche der Klage auf Sicherstellung nicht entgegengestellt wurden, §. 8 II.

Die Einwendungen gegen den Auftrag sind als Klagebeantwortung (Einrede) zu betrachten, daher in denselben vom Beklagten die Bitte um Aufhebung des Mandates, Abweisung des Klägers (und Verurtheilung desselben in die Prozeßkosten) zu stellen ist. Über rechtzeitig eingebrachte Einwendungen

---

[10]) Besch. v. 15. April 1852, Jud. B. 14.

[11]) Krall Nr. 184, Czelechowsky Nr. 36 54, 184. Spätere Geltendmachung der Militäreigenschaft des Beklagten ist zugelassen in den Ent. bei Czelechowsky Nr. 24, 146, 157, 168 (anders Nr. 143).

Digitized by Google

ist Tagsatzung zur Verhandlung nach Wechselrecht anzuordnen, §. 7 I, §. 2 II.

§. 151.

Die wechselrechtliche Verhandlung. Das Urtheil.

I. Nach Beseitigung des als **naturale cambii** betrachteten Personalarrestes (Ges. v. 4. Mai 1868 R. 34) beschränken sich die Privilegien der Wechselforderung (**rigor cambialis, parata executio**) zivilrechtlich auf die Loslösung der Obligation von der **causa debendi** und die im ar. 82 W. O. statuirte Beschränkung der Vertheidigung, und prozessualisch auf Gewährung schleunigster Rechtshilfe und Bewilligung der Exekution zur Sicherstellung im Zuge des Verfahrens.

Beschleunigt ist die Rechtshilfe dadurch:

1. daß im Wechselverfahren nur die Sonn- und allgemeinen Feiertage als Ferialtage gelten; doch ist keine Partei schuldig, an den Feiertagen ihrer Religion vor Gericht zu erscheinen, §. 25 I;

2. daß alle Klagen und Gesuche unverzüglich zu erledigen (daher in rubro als „Wechselsachen" zu bezeichnen), und alle Verhandlungen möglichst zu beschleunigen sind, §. 10 I;

3. daß in Wechselsachen mündlich zu verhandeln ist. Vorbehalten ist den Parteien[1]) Vereinbarung des schriftlichen Verfahrens; doch ist diese Vereinbarung für den Richter nur dann maßgebend, wenn auch die Fristen zur Überreichung der Prozeßschriften durch gemeinschaftliches Einverständniß bestimmt wurden, §. 11 I. Vereinbarte Fristen können nur einverständlich verlängert werden;

4. daß in Wechselsachen im Allgemeinen die Bestimmungen des Summ. V. zu beobachten sind, §. 12 I. Von den Bestimmungen des Summ. V. gelten im Wechselverfahren nicht:

---

[1]) **Kitka: Wechselordnung, S. 407.**

Digitized by Google

a) die §§. 8—11. In Wechselsachen gilt Advokatenzwang wie im ordentlichen V., daher ev. der Partei ein offiziöser Vertreter bestellt wird; [2]) ausgeschlossen ist die Vorladung der Parteien, die Vernehmung derselben in Abwesenheit der Advokaten. Die Fristenberechnung, wie sie §. 11 Summ. V. regelt, gilt jetzt (§. 7 Pr. N.) allgemein;

b) die §§. 12—17. Die Klage ist schriftlich anzubringen und wie im ordentlichen V. zu prüfen; eine vorläufige Vernehmung des Klägers hat nicht statt;

c) der §. 21. Erscheint ein Beklagter zur Verhandlung, welcher sich selbst zu vertreten unfähig ist, so ist der Kläger an den Vertreter zu weisen. Erscheint zur Tagsatzung eine Person, welche über den Gegenstand der Klage zu verhandeln nicht berechtigt ist (dem die legitimatio ad processum mangelt), so hat sofort Ungehorsamsbeschuldigung Raum;

d) die §§. 23, 24. Die offiziöse Vergleichsverhandlung entfällt; die Vereinbarung des schriftlichen V. ist beschränkt, §. 11 I.

Inzichten einer Wechselfälschung verpflichten den Richter zur Anzeige, [3]) und ev. (Hfd. v. 6. März 1821 Nr. 1743) zur Sistirung des Verfahrens.

II. Nach durchgeführter modifizirt summarischer, oder vereinbarter schriftlicher Verhandlung entscheidet der Richter mit Urtheil über das in der Klage gestellte Begehren, und wenn dieses durch einen Zahlungsauftrag erledigt erscheint, über das Begehren der Einwendungen, also darüber, ob das Mandat aufrecht erhalten oder abgeändert werde. Vorbehalten bleibt dem Richter die Einstellung des Verfahrens mit Bescheid, wenn im Laufe desselben die gerügte Inkompetenz offenbar wird.

Wie für die Verhandlung und den Beweis, so gelten auch für die Entscheidung die Bestimmungen des Summ. V.

[2]) Ger. Z. 1870, S. 392.

[3]) Ger. H. 1869 S. 250, 1870 S. 190.

Digitized by Google

Dem Richter ist auch im Wechs. V. die Anordnung einer Ergänzungstagfahrt (§. 25), die Auflegung des Schätzungs- und Erfüllungseides (§. 35) vorbehalten; — er hat nach Maßgabe der Parteierklärung nur auf den Haupteid einer der Parteien zu erkennen (§. 36), — über die Echtheit der Urkunden den Diffessionseid zuzulassen (§. 37 Summ. V.), bei welchem nach dem G. v. 19. Juni 1872 R. 88 der Zusatz, daß der Wechsel mit Beistimmung des Diffittenten von einem Dritten unterschrieben worden sei, entfällt; — er hat bei Feststellung der Echtheit durch Vergleichung der Handschriften nach §. 43 Summ. V. vorzugehen, und mit dem Urtheile und den Entscheidungsgründen dem Sachfälligen, oder beiden Theilen die Beweisprotokolle abschriftlich zuzumitteln, §§. 41—43 Summ. V.

Verändert ist:

1. die Frist zur Antretung des Haupt-, Schätzungs-, Erfüllungs- und Diffessionseides. Der Eid ist anzutreten binnen 24 Stunden (d. i. ein Tag) von jenem Tage gerechnet, mit welchem das Urtheil rechtskräftig wurde, §. 12 I, also von dem Tage nach Ablauf der Frist für die Appellation und ordentliche Revision, bez. vom Tage der Zustellung des bestätigenden Urtheiles des O. L. G., oder des Urtheiles des O. G. H. — In diese Frist sind die Tage des Postenlaufes nicht einzurechnen.[4])

2. die Frist zur Erfüllung der im Urtheile festgestellten Verbindlichkeit. Das tempus judicati ist, wie in jedem Spruche des Handelsgerichtes über eine Merkantilschuld (§. 10 Patent v. 9. April 1782 Nr. 41), auf drei Tage zu bestimmen, §. 12 I. Die Tage sind zu rechnen a) wenn gegen das Urtheil nicht appellirt wird, vom Tage nach der Zustellung desselben; b) wenn appellirt wurde, vom Tage nach eingetretener Rechtskraft der Entscheidung, also vom Tage nach der Zustellung des bestätigenden Urtheiles des O. L. G., oder des Urtheiles des O. G. H., und

[4]) Besch. v. 4. April 1865, Jud. B. 64.

Digitized by Google

wenn das O. L. G. das erste Urtheil abgeändert hat, vom Ablauf der Frist zur Revision.

§. 152.

Die Rechtsmittel.

I. Für die Appellation und Revision gelten die Bestimmungen des Summ. V. mit Ausschluß des §. 51, und mit der im §. 12 d I getroffenen Änderung. Es ist in Wechselsachen außerordentliche Revision zugelassen; es ist die Appellations- und Revisions-Anmeldung und Beschwerde auch im Falle, als schriftliches Verfahren vereinbart war,[1]) binnen drei Tagen von der Zustellung des Urtheiles (bez. der rechtzeitig angesuchten Ergänzung) zu überreichen, also nicht zu Protokoll zu nehmen.[2]) Verspätete Appellationen und Revisionen sind von der ersten Instanz von Amtswegen zu verwerfen (§. 48 Summ. V.), also auch a. o. Revisionen[3]) und Nullitätsbeschwerden.

II. Für den Rekurs gelten gleichfalls die Bestimmungen des Summ. V. mit Ausschluß des §. 51, und mit der im §. 12 d I. angegebenen Änderung. Es ist also a. o. Rekurs zugelassen, und die Rekursfrist auf drei Tage gekürzt, das Recht zum Rekurse aber wie im Summ. V. beschränkt.[4])

Die Entscheidungen des O. G. H., mit welchen ein telegraphischer Rekurs in Wechselsachen angenommen,[5]) und selbst eine telegraphische Appellationsanmeldung (gegen Rück-

---

[1]) Peitler, 3.

[2]) Die Tage des Postenlaufes sind nicht abzurechnen, Ent. v. 3. September 1885, Ger. H. 1885: 52.

[3]) Peitler, 5, 6.

[4]) Nach der Ent. v. 28. Jänner 1885, Spruchp. 2, 293 sind Rekurse gegen Bescheide der requirirten Gerichte in Wechselsachen binnen 14 Tagen anzubringen, weil nach §. 12 des Wechs. V. das summ. V. in Wechselstreitigkeiten nur gegenüber dem Erkenntnißgerichte (!) Geltung hat.

[5]) Ger. Z. 1868 S. 31 und 186.

Digitized by Google

stellung zur Verbesserung, nämlich zu schriftlicher Ausfertigung in duplo mit Advokatenfertigung) für wirksam erklärt wurde,[6]) erscheinen mit dem Prozeßgesetze nicht vereinbar.[7])

Die kurze Rekursfrist gilt zweifellos nur für die Prozeßparteien, nicht also für Experten, welche sich im Honorar verkürzt erachten.[8])

III. Bezüglich der Restitution erleiden die Bestimmungen des Summ. V. durch die §§. 12 a, 23 und 24 I folgende Modifikationen:

Die Versäumung einer Tagsatzung ist binnen drei Tagen nach Wegfall des Hindernisses zu rechtfertigen; bei Versäumung einer Frist ist binnen drei Tagen nach Ablauf der Frist (nach erlangter Kenntniß von der Versäumung, bez. Wegfall des Aktions-Hindernisses) Restitution anzusuchen, §. 12 a I.

Der Partei ist auch im Wechselverfahren nach §. 25 Summ. V. vorbehalten, aus Versehen übergangene Beweismittel (und Thatsachen) nachzuholen, doch ist ihr nicht gestattet, Einreden vorzubringen, welche sie in den Einwendungen gegen das Mandat geltend zu machen versäumt hat.

Nach ergangenem Spruche kann die Partei Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundener Beweismittel erwirken (§. 372 b, a. G. O.), doch nur während der wechselrechtlichen Verjährung. Dazu bestimmt §. 24 I, daß judicium rescindens und rescissorium zu verbinden seien, also in der Klage auf Wiedereinsetzung von den neu aufgefundenen Beweismitteln Gebrauch gemacht, und sohin um Bewilligung der Restitution und zugleich um Abänderung des Spruches (Urtheil, Mandat) gebeten, und über bei-

---

[6]) Ger. Z. 1868 S. 265.

[7]) Vergl. aber die Ver. des Finanzministeriums vom 19. April 1882 R. 42, betreffend die Entrichtung der Stempelgebühr für die in der Form von Telegrammen eingebrachten Eingaben.

[8]) Ihnen kommt ohne Bedacht auf die Streitsache die normale 14tägige Frist (nicht 8 Tage, Ger. 1869 Nr. 79) zu statten.

Digitized by Google

derlei Begehren gleichzeitig verhandelt und im Urtheile entschieden werde.

Der §. 23 I schließt **jede** Restitution aus, wenn die Partei, gegen welche sie erwirkt werden soll, mittlerweile durch Ablauf der Zeit (Wechselverjährung) ihre wechselrechtlichen Ansprüche ganz oder zum Theile (gegen Regreßpflichtige) verloren hat, oder wegen Kürze der noch übrigen Zeit (vgl. ar. 80 W. O.) nicht mehr geltend machen kann, vorausgesetzt, daß diese Partei im Hauptprozesse nicht unredlich gehandelt hat.

Soweit nach Verlust des Wechselrechtes ein gemeinrechtlicher Anspruch besteht, steht der gemeinrechtlichen Restitution nichts im Wege.

§. 153.

Die Sicherstellung im Zuge des Verfahrens. Die Exekution.

I. Der Kläger ist im Prozesse auf Zahlung und auf Sicherstellung der Wechselsumme berechtigt, eine Exekution zur Sicherstellung zu erwirken: 1. wenn gegen das Mandat rechtzeitig Einwendungen angebracht werden, §. 8 I, §. 3 II, jedoch erst nach Ablauf der im Mandate bestimmten Leistungsfrist. Die Verhandlung über die Einwendungen sistirt die Exekution zur Sicherstellung nicht (V. v. 19. April 1855 R. 75);[1] — 2. wenn sich die wechselrechtliche Verhandlung ohne Verschulden des Klägers verzögert, §§. 13—15 I, §§. 5—7 II, nämlich, wenn a) die erste über die Klage angeordnete Tagsatzung ohne des Klägers Verschulden erstreckt wird; b) wenn vom Gericht ein Zeugenverhör oder ein Augenschein (Sachverständigenbeweis) beschlossen wird; c) wenn der Beklagte gegen ein Urtheil erster oder zweiter Instanz, wodurch ihm die Erfüllung einer Verbindlichkeit unbedingt auferlegt, oder wodurch auf einen Haupteid erkannt wurde, die Appellation oder Revision ergriffen hat.

[1]) Sistirung der Exekution bewirkt die Einwendung der Minderjährigkeit, Peitler Nr. 258.

Digitized by Google

Die Exekution zur Sicherstellung entfällt: α) wenn der Kläger bereits vertragsmäßig sichergestellt ist;[2]) β) wenn vor dem Vollzug der provisorischen Exekution die grundlegende gerichtliche Verfügung von einem höheren Gericht abgeändert, also der kondemnirte Beklagte in höherer Instanz unbedingt oder vom Haupteid bedingt absolvirt, §. 15 I, oder wenn der die Exekution zur Sicherstellung bewilligende Bescheid selbst in höherer Instanz abgeändert wurde, §. 6 II. — Dagegen bleibt die auf Grund der Entscheidung der ersten Instanz bereits erzielte Sicherstellung auch bei Abänderung der die Exekution begründenden oder bewilligenden Entscheidung in zweiter Instanz aufrecht bis zur Rechtskraft der höheren Entscheidung, oder bis zur Entscheidung des O. G. H., §. 15 I, §. 6 II.

II. Im Prozeß auf Sicherstellung im Grunde der ar. 25 und 29 der W. O. beschränkt sich die Exekution zur Sicherstellung stets auf die Pfändung und Schätzung oder Sequestration der Mobilien[3]) und Immobilien, §. 5 II; sie wird auf Grund des Mandates, im Falle der Verzögerung der wechselrechtlichen Verhandlung auf Grund des Bescheides, mit welchem die Tagsatzung erstreckt, Zeugenverhör oder Augenschein angeordnet, oder der Kläger von der Appellation oder Revision des Beklagten verständigt wird, sofort bewilligt.

Im Prozesse auf Zahlung der Wechselsumme ist die Exekution zur Sicherstellung auf Grund des durch Einwendungen angefochtenen Mandates in gleicher Weise zu bewilligen, und auf die Pfändung, Schätzung und Sequestration zu beschränken.[4]) Soll dagegen wegen Verzögerung der wechselrechtlichen Verhandlung Exekution zur Sicherstellung statt haben, so hat der Kläger

[2]) Vergl. §. 458 b. G. B., ar. 25 W. O., Krall Nr. 128.

[3]) Enge Sperre und Transferirung der Fahrnisse sind kein besonderer Exekutionsgrad, sondern Folge der Pfändung, Ent. v. 29. September 1884, Spruchp. 2. 104.

[4]) Besch. v. 16. Dezember 1863, Jud. B. 58.

Digitized by Google

auf Grund des Bescheides, mit welchem die Tagsatzung erstreckt, Zeugen- oder Sachverständigenbeweis angeordnet, oder mit welchem er von der Appellation oder Revision des Beklagten verständigt wurde, den Auftrag anzusuchen, der Beklagte habe binnen drei Tagen bei Vermeidung wechselrechtlicher Exekution für die eingeklagte Forderung nach ar. 25 der W. O. Sicherheit zu leisten, §§. 13, 14, 17 I, und erst, wenn dieser Auftrag nicht erfüllt wird, ist Exekution zu bewilligen, aber nicht bloß die Pfändung und Schätzung, sondern auch die Feilbietung, bis Barerlag bei Gericht erzielt ist. Gegen diesen Sicherstellungsauftrag sind nicht nach Analogie des §. 7 I Einwendungen anzubringen,[5]) wohl aber steht Rekurs zu (§. 7 II), welcher die Exekution nicht hemmt.[6])

Für die Exekution zur Sicherstellung gelten die Bestimmungen der M. V. vom 18. Juli 1859 R. 130 bezüglich der Einwendungen gegen den Sequester, der Beschränkung, Sistirung und Aufhebung der Exekution, der Vorkehrungen bei dem Depositum, und der Neuerungen im Rekurs.

III. Die wechselrechtliche Exekution ist, nach dem Wegfall der exekutiven Schuldhaft (G. v. 4. Mai 1868 R. 34), nur eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners. Es gelten für die Exekution die Bestimmungen des summarischen Verfahrens mit Ausschluß der §§. 51 und 52; die Exekution ist also schriftlich anzusuchen, und außerordentlicher Rekurs zugelassen. Für die Frist zum Rekurse im Exekutionsverfahren ist §. 12 d I maßgebend, wenn das Erkenntnißgericht einen Exekutionsbescheid erlassen hat.[7]) Diese wechselrechtliche Exekution ist auf Grund eines gerichtlichen Vergleiches nur zu bewilligen, wenn sich der

---

[5]) Krall N. 128.

[6]) Canstein: Lehrb. II 691 läßt im Rekursfalle nur beschränkte Exekution zu.

[7]) Besch. v. 13. Oktober 1874, Jud. B. 90.

Digitized by Google

Schuldner für eine Wechselforderung wechselrechtlicher Exekution unterworfen hat, §. 19 I.

Der §. 22 I hat durch die Kon. O. v. 25. Dezember 1868 seine Bedeutung verloren; es ist eben derzeit kein Realgläubiger, soweit seine Forderung durch das Pfand gedeckt ist, zur Anmeldung im Konkurse veranlaßt, sondern berechtigt, sich aus dem Pfande bezahlt zu machen. Allerdings hat er sein Recht nicht gegen den Kridatar, sondern gegen den Massevervalter geltend zu machen (§. 137 K. O.), u. zw. bei der Konkursinstanz, wenn nicht schon zur Zeit der Konkurseröffnung die Streitsache bei Gericht anhängig war. Für das von einem Realgläubiger gegen den Konkursmassevervalter anhängig zu machende Verfahren gelten die Vorschriften über das Verfahren in Wechselsachen, weil der §. 131 K. O. nur für Konkursforderungen Geltung hat.

§. 154.

V. Der Mandatsprozeß.

I. Um die Rechtshilfe zu beschleunigen, und zugleich das reorganisirte Notariatsinstitut zu fördern, wurde (in den deutsch-slavischen Ländern) mit K. V. v. 21. Mai 1855 R. 95 (in Galizien mit M. V. v. 16. Feber 1858 R. 25) für Klagen auf Erfüllung der durch einen Notariatsakt bewiesenen „persönlichen Verbindlichkeiten" ein dem Wechselmandatsprozesse nachgebildetes Mandatsverfahren eingeführt. In der M. V. v. 18. Juli 1859 R. 130 wurde dieses Verfahren auf „Forderungen", welche durch andere verläßliche Urkunden liquid gestellt erscheinen, erweitert, aber auch zugleich reformirt.[1])

Die M. V. v. 28. Oktober 1865 R. 110, und das Gesetz v. 12. Juli 1872 R. 112 nehmen auf dieses Mandatsverfahren Bezug.

[1]) Bezug genommen wird auf die k. V. vom 25. Mai 1855 als V. I, und auf die M. V. vom 18. Juli 1859 als V. II.

Digitized by Google

II. Die Voraussetzungen für den Mandatsprozeß sind:

1. eine Klage, in welcher eine Forderung geltend gemacht wird, gleichviel ob sie Geld, eine vertretbare oder eine individuell bestimmte Sache, oder eine andere Leistung (Rechnungslegung, Bewirkung grundbücherlicher Löschung[2]) zum Gegenstande hat, und ob die eingeklagte Leistung mit einer Gegenleistung in Verbindung steht;

2. der Beweis aller Thatsachen, welche die Forderung des Klägers gegen den Beklagten begründen, durch vom Gesetze bezeichnete Urkunden. Diese Urkunden müssen in Urschrift beigebracht, mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehen, und von äußerlich unbedenklicher Form sein, §. 1 I und II.

Durch diese Urkunden muß bewiesen sein: α) die Thatsache, welche die Forderung in der Haupt- und Nebensache begründet: β) die Sachlegitimation des Klägers; γ) wenn das beurkundete, nun klageweise geltend gemachte Rechtsgeschäft von einem Machthaber abgeschlossen wurde, dessen Bevollmächtigung; δ) sofern die Verpflichtung des Beklagten von dem Beweise einer außerhalb der Urkunde gelegenen Thatsache abhängt, auch diese Thatsache, §. 2 I. Gefordert ist damit nicht der Beweis des Verzuges bei Forderung von Saumsalszinsen,[3]) und der die Fälligkeit der ganzen Forderung begründenden Versäumung der Ratenzahlung.[4])

Gefordert ist als Beweismittel: a) ein mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehener Notariatsakt, §. 1 I, der im Inlande errichtet sein muß (vgl. §. 1 II, G. U. 4112, 6113). Da derzeit nach der Not. O. v. 25. Juli 1871 R. 75 Notariatsakte zu sofortiger Exekution berechtigen, beschränkt sich der Mandatsprozeß auf jene Fälle, in welchen der Anspruch nicht Geld oder vertret-

---

[2]) G. U. 2792, 5318.

[3]) G. U. 6718.

[4]) Besch. v. 25. September 1772, Jud. B. 76.

Digitized by Google

bare Sachen betrifft, oder der Schuldner sich nicht sofortiger Exekution unterworfen hat, oder der Eintritt der Bedingung oder des nicht kalendermäßig bestimmten Zeitpunktes nicht durch öffentliche, wohl aber durch solche Urkunde bewiesen wird, welche für den Mandatsprozeß zureichen; b) eine gesetzmäßig ausgefertigte, im Inlande errichtete öffentliche Urkunde; c) eine Privaturkunde, welche von einem inländischen Gericht oder Notar legalisirt ist;[5] d) Urkunden, auf deren Grund die eingeklagte Forderung in einer Landtafel, einem Stadt- oder Grund- oder Bergbuche (M. E. v. 17. Sept. 1859 R. 172) einverleibt erscheint, wenn gegen die gerichtliche Verordnung, in Folge deren die Einverleibung vor sich gieng, weder ein Rekurs anhängig, noch auch bücherlich angemerkt ist, daß die Post streitig ist, §. 1 II. Die Thatsache der Einverleibung und des Abganges von Rekurs und Streitanmerkung beweist ein Tabularextrakt,[6] dessen Vorlage der O. G. H. (J. B. 76) „außer dem Vorkommnisse besonderer Umstände" für entbehrlich erklärt hat. Derzeit (§. 31 Gb. O. vom 25. Juli 1871) ist zur Einverleibung eine öffentliche oder legalisirte Privaturkunde gefordert, eine solche Urkunde also schon an sich Grundlage des Mandatsverfahrens.[7] — Der Bestand von Afterhypotheken steht, wenn lediglich gerichtlicher Erlag begehrt wird, der Erlassung des Mandates nicht entgegen.[8] Ein Mandat erscheint auch zulässig bei einer Hypothekarklage;[9]

3. daß der Einbringung der Forderung an Kapital und Zinsen die Verjährung nicht entgegensteht, oder wenn sie begründet

[5] Legalisirte ausländische öffentliche Urkunden genügen nicht, Ger. Z. 1859 S. 365. G. U. 6313; anders Canstein: Lehrb. II. 703.

[6] Ger. Z. 1859 S. 366.

[7] G. U. 2417.

[8] G. U. 2225.

[9] Der §. 1 I. setzt allerdings eine persönliche Verbindlichkeit voraus, so auch G. U. 3201, 3205, 5368; — die V. II. läßt aber Mandat bei jeder Forderung zu; so auch G. U. 4173, Ent. v. 30. Oktober 1883, Spruchp. 1, 122.

Digitized by Google

erscheint, die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung durch Urkunden der angeführten Beschaffenheit dargethan wird, §. 2 II;

4. daß der Kläger um Erlassung des Mandates ansucht, §. 1 I und

5. für die ganze Forderung des Klägers Mandat zulässig erscheint.[10]) Es ist also Mandat zu verweigern, wenn auch nur ein Theil der eingeklagten Zinsen verjährt erscheint.[11])

III. Die Klage auf Mandat ist bei dem für die Streitsache zuständigen allgemeinen oder besonderen Gerichtsstande anzubringen.

Über die passive Streitgenossenschaft im Mandatsprozesse s. §. 42 IV.

Findet das Gericht die allgemeinen Voraussetzungen für die Einleitung des Streitverfahrens, und auch die Voraussetzungen für das Mandat gegeben, so hat es dem Beklagten aufzutragen, den Kläger bezüglich der angesprochenen Forderung, dann der Kosten der Klage und des Mandates, wenn sie in der Klage liquidirt wurden, binnen bestimmter Frist zu befriedigen, oder binnen eben dieser Frist Einwendungen einzubringen. Dem Beklagten ist eine Frist von 14 Tagen, und wenn er sich außer dem Kronlande im In- oder Auslande befindet, oder sein Aufenthalt unbekannt ist, eine längere, doch 45 Tage nicht überschreitende Frist zu bestimmen, §. 1 I.

Fehlen die Voraussetzungen für die Einleitung des rechtlichen Verfahrens, so ist die Klage sofort abzuweisen; fehlen lediglich die Voraussetzungen für das Mandat, so ist der Antrag auf Mandat abzuweisen, doch aber das nach der Beschaffenheit der Sache zulässige anderweitige Verfahren einzuleiten. In beiden Fällen hat Rekurs statt, welcher für den Fall der Verweigerung des Mandates mit Einleitung des

---

[10]) Greinz in der Ger. Z. 1870 Nr. 14.

[11]) G. U. 2447.

Digitized by Google

Streitverfahrens im §. 4 I. den Bestimmungen des Summ. V. (Frist von 8 Tagen, Ausschließung des a. o. Rekurses) unterstellt ist, diesen Bestimmungen aber auch im Falle der Verweigerung des rechtlichen Verfahrens folgt, weil das Gesetz (§§. 4 und 6 I.) das Summ. V. für das ganze durch die Mandatsklage hervorgerufene Verfahren maßgebend behandelt.[12])

IV. Gegen das erlassene Mandat hat der Beklagte die Hilfe des Rekurses und der Einwendungen, u. zw. auch kumulativ §. 3 II.

Rekurs ist zu ergreifen, wenn nach Inhalt der Klage sammt Beilagen das Mandat bez. das rechtliche Verfahren zu verweigern war; Einwendungen sind anzubringen, wenn der Beklagte Umstände und Beweismittel ausführen will, aus welchen der Nichtbestand der Forderung, oder die Unzulässigkeit des eingeleiteten Verfahrens folgt. Als Einwendungen hat das Gericht erster Instanz auch jene Eingabe zu behandeln, welche wohl Rekurs benannt ist, aber Umstände zur Geltung bringt, welche bei Prüfung der Klage nicht erkennbar waren.

Für die Einwendungen läuft die im Mandate bestimmte Frist, in welche die Tage des Postenlaufes nicht einzurechnen sind, und bei deren Versäumung Restitution statt hat, §§. 5 und 8 I. Für den Rekurs läuft eine achttägige Frist, §. 3 II., in welche wohl auch die Tage des Postenlaufes nicht einzurechnen sind. Der Rekurs hemmt die Verhandlung über die nebenan eingebrachten Einwendungen, und die Exekution zur Sicherstellung nicht, §. 3 II.

Das durch die Mandatsklage veranlaßte Verfahren folgt den Bestimmungen über Summ. V., §§. 4, 6 I. Über Einwendungen ist also Tagsatzung zur summarischen Verhandlung auf möglichst kurze Zeit anzuordnen. Den Parteien ist Vereinbarung des schriftlichen Verfahrens vorbehalten; es ist aber

[12]) Jur. Bl. 1861: 88.

Digitized by Google

auch der Richter über Antrag der einen oder anderen Partei berechtigt, aus wichtigen Gründen das schriftliche Verfahren einzuleiten, §. 6 I. Nach durchgeführter Verhandlung ist mit Urtheil zu erkennen, ob und wieweit das Mandat behoben sein soll.

V. Exekution zur Sicherstellung ist zuzulassen: 1. nach Ablauf der im Mandate bestimmten Frist, wenn der Auftrag durch Einwendungen angefochten ist, §. 7 I.; 2. in allen Fällen, in welchen nach den §§. 55 und 56 Summ. V. eine solche Exekution statthat.

VI. In der V. v. v. 28. Okt. 1865 R. 110 ist das Mandatsverfahren zugelassen: 1. wenn eine in Gemäßheit der bestehenden Gesetze errichtete und der Aufsicht der Staatsgewalt unterstehende Anstalt, welche nach ihrem statutarischen Zwecke Kreditgeschäfte betreibt, Kläger ist; 2. eine verfallene Hypothekarforderung geltend gemacht, 3. zur Nachweisung der Forderung die legalisirte Originalschuldurkunde und ein beglaubigter Auszug aus den Büchern der Anstalt beigebracht, 4. um Erlassung des Mandates angesucht wird, und Mandat im vollen Umfange des Klagebegehrens zulässig erscheint.

Das Mandat ist zulässig „ohne Rücksicht auf die Zeit, seit welcher die Forderung einverleibt ist", also auf die Verjährung nur bei Inanspruchnahme von Zinsen Bedacht zu nehmen. Die Frist zur Klaglosstellung oder zu den Einwendungen ist schlechthin auf 14 Tage zu bestimmen (ar. IV.).

VII. Das Gesetz vom 12. Juli 1872 R. 112 gestattet das Mandatsverfahren bei Klagen des Fiskus gegen richterliche Beamte auf Rückersatz der zu Folge ihres Verschuldens einer Partei geleisteten Entschädigung, wenn der Antrag auf Mandat bei dem für die Syndikatssache zuständigen O. L. Gerichte eingebracht wird, und das Verschulden des oder der Beamten durch ein straf- oder disziplinargerichtliches Erkenntniß festgestellt ist. War die Syndikatsklage zugleich gegen den Staat und die richterlichen Beamten

Digitized by Google

erhoben, so erfordert das Mandat auf Rückersatz auch völlige Übereinstimmung des im Ersatzprozesse ergangenen Urtheiles mit dem Disziplinar- oder Straferkenntnisse in Ansehung der als haftungspflichtig erklärten Personen, und der Art und des Quotenverhältnisses ihrer Haftung.

In dem Zahlungsbefehle ist eine Frist von zwei Wochen für den Rückersatz und für die Einwendungen zu bestimmen. Erscheint der Zahlungsbefehl unzulässig, so ist der Fiskus mit seinem Anspruche auf den ordentlichen Rechtsweg und an das nach den allgemeinen Grundsätzen zuständige Gerichte erster Instanz zu verweisen, §§. 19—21 G. v. 12. Juli 1872.

§. 155.

VI. Das Verfahren in Bestandstreitigkeiten.*)

I. Das maßgebende Gesetz und dessen Anwendbarkeit.

Die Erkenntniß, daß die allgemeinen Vorschriften über das gerichtliche Verfahren zum wirksamen Schutze der gegenseitigen Rechte des Bestandgebers und des Bestandnehmers nicht zureichen, und die für einzelne Orte und Länder erlassenen Miethordnungen keine ausreichende und entsprechende Abhilfe bieten, veranlaßte die K. V. v. 16. November 1858 R. 213 (für Dalmatien G. vom 2. Mai 1873 R. 93), mit welcher für Bestandsachen, also für Mieth- und Pachtverhältnisse, ein gleichmäßiges und beschleunigtes Verfahren eingeführt wurde.

Beschleunigung des Verfahrens wurde erzielt durch die Weisung, daß alle Eingaben von außen mit der Bezeichnung:

*) Haan: Die K. V. v. 16. Nov. 1858, Ger. Z. 1858, 145. — Der Mieth- und Pachtvertrag und das gerichtliche Verfahren bei den hieraus entstehenden Streitigkeiten. Von einem prakt. Juristen. — Holain: Das Verfahren in Ausziehstreitigkeiten. — Holain-Hoffer: Gesetze und Verordnungen über Vermiethungen und Verpachtungen.

Digitized by Google

„in Bestandsachen" zu versehen, und sohin vom Gerichte mit möglichster Beschleunigung zu erledigen und zuzustellen seien, — daß alle Verhandlungen auch in den Gerichtsferien, jedoch nicht an Sonn- und Feiertagen aufgenommen werden können, §. 13, — und daß alle Streitigkeiten aus Bestandverträgen, ohne Rücksicht auf den Betrag der Forderung und die Beschaffenheit des Anspruches nach den Vorschriften über das summarische Verfahren zu verhandeln seien, §. 12. Für bestimmte Streitigkeiten wurde eine weitere Beschleunigung durch die Beschränkung der Verhandlung und Kürzung der Rechtsmittelfristen erzielt, §. 15.

Es gilt das in der K. V. v. 16. November 1858 geregelte Verfahren für Bestandverhältnisse über unbewegliche, oder gesetzlich für unbeweglich erklärte Sachen,[1]) und überdies für Schiffmühlen und andere auf Schiffen errichteten Bauwerke, §. 1. Für Mieth- und Pachtverhältnisse über andere bewegliche Sachen gelten die allgemeinen Vorschriften. — Anwendung finden die Bestimmungen über das Verfahren in Bestandstreitigkeiten auch auf die im §. 1103 b. G. B. bezeichneten (Gesellschafts-) Verträge, bei welchen das Gut gegen einen verhältnißmäßigen Theil der Früchte zur Bewirthschaftung übergeben wird, ohne daß der Übernehmer ein emphyteutisches oder ein Bodenzinsrecht erhält, §. 23; sie gelten auch, wenn der Erwerber des Bestandobjektes das ihm in den §§. 1120 und 1121 b. G. B. gewahrte Recht auf Zurückstellung des Bestandobjektes nach gehöriger Aufkündigung geltend macht.[2])

---

[1]) Die hinsichtlich der „Praterhütten" mit M. V. v. 7. Jänner 1854 R. 10 getroffene Verfügung schließt die Anwendung des Bestandverfahrens nicht aus, Ent. v. 6. Oktober 1885, Ger. Z. 1885: 86.

[2]) Ent. v. 11. Feber 1873, Sp. R. 40; G. U. 4875. — Der Satz, Kauf bricht Miethe, bedeutet bloß, daß die dingliche Macht, welche der neue Eigenthümer erworben hat, das obligatorische Recht des Bestandnehmers überwinde. Es gilt der Satz also nicht für den Miether. Ent. des O. L. G. Wien in den Mitth. des deut. Jur. V. 1883, 71.

Digitized by Google

Das Verfahren gilt für alle das Bestandverhältniß betreffenden gerichtlichen Verhandlungen, also für die Verhandlungen betreffend die Übergabe, die Zurückstellung und Zurücknahme der Bestandsache (§. 1, 11), für alle Streitigkeiten betreffend den Bestand des Vertrages, oder Rechte aus demselben, gleichviel ob diese Rechte während der Dauer des Bestandverhältnisses oder nach Auflösung des Vertrages geltend gemacht werden, insbesondere auch für Klagen auf Zahlung des Zinses, auf Zinserlaß, auf Ersatz für Deteriorirung (G. U. 3362), für Meliorationen (G. U. 6020), §. 11.[3]) Klagen, welche ausschließlich auf die Eintreibung von Bestandzins gerichtet sind, und sich dem Betrage nach zum Bag. V. eignen, sind allerdings nur nach den Vorschriften über Bag. V. zu verhandeln (§. 4 Bag. V.).

II. Die Gerichtszuständigkeit.

Kompetent ist für die gerichtlichen Verhandlungen in Bestandsachen, auch wenn sie nach Auflösung des Bestandverhältnisses anhängig gemacht werden, ausschließlich das Bezirksgericht, in dessen Sprengel der Bestandgegenstand liegt.[4]) Liegt der Bestandgegenstand in den Bezirken mehrer Gerichte, so steht jenem, welcher die gerichtliche Hilfe anruft, die Wahl zu, sofern nicht im Vertrage eines dieser Gerichte für die gerichtlichen Verhandlungen bestimmt ist. Das Bezirksgericht der gelegenen Sache ist eben wegen der Nähe des Ortes, zu welchem der Streit in Beziehung steht, wegen der Kenntniß der maßgebenden örtlichen Gesetze, und zu Folge der Verfassung als Einzelngericht zum

[3]) Die Klage auf Schadenersatz wegen vorzeitiger Auflösung des Bestandverhältnisses betrifft nicht ein Recht aus dem Bestandvertrage (!) Ent. v. 20. November 1884, Spruchp. 2, 106, wohl aber die Klage auf Ersatz wegen Nichterfüllung des Bestandvertrages, Ent. v. 27. Jänner 1885, Spruchp. 2, 234.

[4]) Diese Zuständigkeit gilt auch während des Konkurses, Ent. v. 13. Juni 1883, Spruchp. 1, 122, — Ent. v. 8. April 1884, Sp. R. 114. Vergl. auch die Jurist. Vierteljahresschrift 1, S. 81.

Digitized by Google

schleunigen Verfahren besonders geeignet. Zuständig ist dieses Bezirksgericht ohne Unterschied der Person, also auch, wenn die Verhandlung eine sonst eximirte oder dem Obersthofmarschallamte unterstellte Person betrifft, doch ist die Zustellung gerichtlicher Verordnungen und die Exekution gegen die genannten Personen dem Obersthofmarschallamte vorbehalten, §. 1.

III. Die Aufkündigung des Bestandvertrages.

Die Aufkündigung des Bestandvertrages ist nothwendig, α) wenn die Dauer des Vertrages weder ausdrücklich, noch stillschweigend, noch durch besondere Vorschriften bestimmt erscheint (§. 1116 und 1115 b. G. B.); — β) wenn der Vertrag wohl auf bestimmte Zeit abgeschlossen erscheint, aber zu Folge des Vertrages oder des Gesetzes durch Aufkündigung die stillschweigende Erneuerung des Vertrages ausgeschlossen werden muß; — γ) wenn sich der neue Erwerber der Bestandsache dem Bestandnehmer gegenüber nach den §§. 1120 und 1121 b. G. B. in den Besitz der Sache setzen will.

Die Aufkündigung kann in dem letztgedachten Falle nur vom Erwerber der Bestandsache, sonst aber von dem Bestandgeber und vom Bestandnehmer ausgehen. Die von einer Partei wirksam vorgenommene Aufkündigung kann von der anderen Partei gegen den Aufkündigenden selbst in Vollzug gesetzt werden, §. 3.

Die Aufkündigung bezielt:

a) die Räumung und Übergabe an den durch besondere Ortsgewohnheit oder darüber erlassene Vorschriften zur Räumung von Bestandgegenständen festgesetzten Tagen (Ausziehzeit).[5]) Die Auf-

---

[5]) Den jeden Ortes für die Aufkündigung der Miethen und für die Räumung unbeweglicher Sachen festgestellten Tagen und Fristen wurde im §. 25 Geltung gewahrt. Es wurden weiter die politischen Landesstellen ermächtigt, im Einvernehmen mit den Oberlandesgerichten für die Aufkündigung der Miethen und Räumung von Immobilien Tage festzusetzen und Fristen zu bestimmen, insoweit es an einer entsprechenden diesfälligen

Digitized by Google

kündigung muß, um die Räumung zur Ausziehzeit zu sichern, eine bestimmte Zeit vorher erfolgen (Aufkündigungsfrist). Bestimmt wird die Aufkündigungsfrist entweder gleichfalls durch Ortsgewohnheit oder darüber erlassene Vorschriften, oder aber durch Vertrag §. 2 b. Ist durch Ortsgebrauch oder durch besondere Verordnung eine Aufkündigungszeit (ein oder mehre Tage für die Aufkündigung) festgesetzt, so ist die Aufkündigung vor Ablauf dieser Zeit, also in dieser Zeit oder auch vor Beginn derselben anzubringen.[6]) — Ortsgewohnheit und örtliche Verordnungen weichen einem besonderen Übereinkommen der Parteien über die Frist zur Aufkündigung und über die Frist zur Zurückstellung des Bestandgegenstandes, §. 2 a; — sie bewahren Geltung gegen ein Parteiübereinkommen, wenn sich der neue Erwerber nach den §§. 1120 und 1121 b. G. B. gegen den Bestandnehmer in den Besitz der Bestandsache setzen will. — Für die Wahrung der Aufkündigungsfrist bez. Aufkündigungszeit ist die Zustellung der Aufkündigung entscheidend, §. 5.

b) die Räumung oder Zurücknahme nach Ablauf einer gewissen Zeit von der Aufkündigung, welche zu jeder Zeit, und nicht nur in gewissen Terminen erfolgen kann. Die Kündigungsfrist bestimmt der Vertrag oder das Gesetz. Nach dem Gesetze sind Pachtungen wenigstens sechs Monate, Miethen wenigstens drei Monate, solche Miethen, deren vertragsmäßige Dauer ein Jahr nicht übersteigt, mindestens 14 Tage früher aufzukündigen, als der Bestandgegenstand übergeben werden soll,

---

Regulirung mangelt, oder die bereits bestehende Regulirung sich einer Änderung bedürftig erweist (G. v. 27. März 1869 R. 41).

[6]) So ist für Prag und Umgebung eine vierteljährige Kündigung, und als Kündigungszeit die Zeit vom 1. bis 14. des Feber-, Mai-, August- und Novembertermines bestimmt, Statthalterei-Kundmachung vom 31. Juli 1880, Z. 36893. Vergl. weiter die Zusätze in der Manz'schen Ausgabe des b. G. B. zu §. 1116.

Digitized by Google

§. 2.[7]) Die Kündigungsfrist läuft auch in diesem Falle nicht schon von der Überreichung der Aufkündigung bei Gericht, sondern erst von der Zustellung derselben.[8])

Die Aufkündigung kann gerichtlich oder außergerichtlich erfolgen, §. 3.

1. Die gerichtliche Aufkündigung kann schriftlich überreicht, oder mündlich angebracht werden. Die Eingabe, oder das über mündliches Begehren aufgenommene Protokoll muß enthalten den Rechtsgrund der Aufkündigung (die Rechtsstellung als Bestandgeber,[9]) oder neuer Eigenthümer, und als Bestandnehmer),[10]) die Namen, Vornamen und Wohnorte beider Parteien, die Angabe des Gegenstandes des Bestandvertrages und des Zeitpunktes, in welchem dieser enden soll. Wohnt der Aufkündigende außerhalb des Gerichtsbezirkes, so ist ein im Gerichtsbezirke wohnender Zustellungsbevollmächtigter zu benennen, §. 4.

Das Gericht hat die Aufkündigung von Amtswegen zurückzuweisen a) wenn es sich für unzuständig erkennt, — b) wenn die Aufkündigung in Betreff des bezeichneten Inhaltes unvollständig erscheint, insbesondere auch, wenn, wo nöthig, ein im Gerichtsbezirke wohnhafter Zustellungsbevollmächtigter nicht genannt ist, — c) wenn die Aufkündigung nach Ablauf der Aufkündigungszeit angebracht wird, §. 4. Es ist, wenn die Aufkündigung durch Vereinbarung, Ortsgewohnheit oder besondere Vor-

---

[7]) Durch §. 2 der V. vom 16. Nov. 1858 ist der §. 1116 b. G. B. für Miethen theilweise abgeändert.

[8]) G. U. 7223, — anders 7057, die Frist laufe schon von der Anbringung der Kündigung.

[9]) Bei Miteigenthum ist die Mehrheit der Miteigenthümer, oder der zur Verwaltung Bestellte (§. 833, 836 b. G. B.) zur Aufkündigung berechtigt.

[10]) Canstein: Lehrb. II. 667 bezeichnet als Rechtsgrund der Aufkündigung, ob auf Grund einer Vereinbarung, einer Ortsgewohnheit, oder des Gesetzes gekündigt werde. — Die Ent. v. 14. November 1883, Jur. Bl. 1884: 2 bezeichnet als den Rechtsgrund die Existenz des Bestandvertrages.

Digitized by Google

schrift an eine Zeit gebunden ist, die Aufkündigung nicht bloß in dieser Zeit bei Gericht anzubringen, sondern auch dem Gegner zuzustellen, was dem Gerichte nur dann möglich ist, wenn die Aufkündigung rechtzeitig vor Ablauf der Aufkündigungsfrist angebracht wird. Die erst zum Schlusse dieser Zeit angebrachte Aufkündigung ist, auch wenn die Zustellung nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann, nicht von Amtswegen zurückzuweisen, sondern dem Gegner thunlichst bald zuzustellen; diesem ist vorbehalten, die Verspätung in den Einwendungen zu rügen, und hiermit die derzeitige Aufkündigung abzuwehren, §§. 5 und 7.

Ist die Aufkündigung nicht von Amtswegen zurückzuweisen, so ist dem Gegner aufzutragen, seine Einwendungen gegen die Aufkündigung, falls er dieselbe bestreiten will, binnen 8 Tagen so gewiß schriftlich zu überreichen oder mündlich anzubringen, widrigens nach Ablauf dieser Frist keiner Einwendung mehr stattgegeben, und die Aufkündigung in Wirksamkeit treten würde, §. 6. Dieser Auftrag ist bei schriftlicher Aufkündigung als Indorsatbescheid auf den Doppeln des Gesuches, bei mündlicher Aufkündigung für den Gegner auf einer Abschrift des Protokolles, für den Aufkündigenden aber auf einem kurzen Auszug aus demselben auszufertigen, und ohne Verzug stets durch den Gerichtsdiener zuzustellen. Für den Aufkündigenden oder dessen Zustellungsbevollmächtigten genügt eine Zustellung an die Hausgenossen; — jenem, welchem aufgekündigt wird, ist die Aufkündigung zuzustellen zu eigenen Handen, oder zu Handen seines bestellten Machthabers oder desjenigen, welcher in seinem Namen die Aufsicht über den Bestandgegenstand führt.[11]) Kann die Aufkündigung keiner dieser Personen zu eigenen Handen zugestellt werden, so hat sie der Gerichtsdiener sogleich (also ohne vorausgehende schriftliche Mahnung) in Gegenwart der allenfalls anwesenden

[11]) Für das Ärar sind Aufkündigungen an die Verwaltungsbehörde zuzustellen. Die Zustellung an die Finanzprokuratur fordert die Ent., G. U. 2788.

Digitized by Google

Hausgenossen oder zweier Zeugen im Innern der Wohnung, oder wenn dieselbe verschlossen wäre, von Außen am Eingange anzuschlagen; er hat sich weiter über die Gründe und die Dauer der Abwesenheit zu erkundigen, und darüber dem Gerichte schriftlich zu berichten. Das Gericht hat sofort zu prüfen, ob nach der Sachlage der Anschlag genüge, oder ein Kurator für den Avisaten zu bestellen sei. Ein Kurator ist zu bestellen, wenn der Avisat durch seine Abwesenheit von der Vertheidigung ausgeschlossen erscheint;[12]) dem Kurator ist bei der Bestellung eine Abschrift der Aufkündigung mitzutheilen,[13]) und von der durch Anschlag erfolgten Zustellung Nachricht zu geben. Der Anschlag ist entscheidend für die Kündigungsfrist, die Zustellung an den Kurator ist maßgebend für die achttägige Frist zu den Einwendungen, §. 8.

Die in dem gerichtlichen Auftrag für die Einwendungen bestimmte Frist ist nicht verlängerbar; bei Versäumung derselben ist Restitution ausgeschlossen, §. 6.[14]) Verspätete Einwendungen sind nicht von Amtswegen zurückzuweisen, sondern wie rechtzeitig eingebrachte Einwendungen als Klage zu behandeln, §. 12, also Tagsatzung zur summarischen Verhandlung anzuordnen, in welcher die Versäumung der Frist für die Einwendungen geltend zu machen ist. Die gerichtliche Aufkündigung erscheint als Gesuch um ein Mandat auf Räumung oder Zurücknahme, zu dessen Erlassung es aber eines Beweises der entscheidenden Umstände nicht bedarf. Die gegen dieses Mandat mit Ausschluß des Rekurses (§. 15) zugelassenen Einwen-

---

[12]) G. U. 2018.

[13]) Diese Abschrift hat bei schriftlicher Aufkündigung der Aufkündigende über Verlangen dem Gerichte vorzulegen, weil diesem die entsprechende Vorlage fehlt.

[14]) Der Avisat hat in der achttägigen Frist alle Einwendungen anzubringen; auf die später im Laufe des Verfahrens gegen die Aufkündigung geltend gemachten Einwendungen ist kein Bedacht zu nehmen, Ent. vom 5. August 1884 Ger. Z. 1884: 81 (vergl. oben §. 150 II).

Digitized by Google

dungen sind nicht als Streiteinlassung, sondern als eine durch die Aufkündigung veranlaßte (aufgeforderte) Klage zu behandeln, durch welche der Rechtsstreit über die Räumung oder Zurücknahme eröffnet wird. Aus der Vorschrift, daß die Einwendungen gegen den Auftrag „als Klage zu betrachten" seien, darf nicht eine Verstellung der Beweislast der Parteien gefolgert werden. Der Aufkündigende bleibt für die in der Aufkündigung aufgestellten und für sein Begehren maßgebenden Thatsachen beweispflichtig; die Einwendungen machen diese Thatsachen beweisbedürftig.[15]) Demnach hat derjenige, welcher in der Aufkündigung eine von der örtlichen Verordnung, oder von dem Ortsgebrauch abweichende Vereinbarung geltend macht, diese Vereinbarung zu beweisen.[16])

2. Die außergerichtliche Aufkündigung hat die Wirkung einer gerichtlichen nur dann, wenn darüber eine Notariatsbeurkundung, ein amtliches, von der Partei, welcher aufgekündigt wird, gefertigtes Protokoll, oder eine beweiskräftige Privatbescheinigung des Avisaten beigebracht wird, §. 9. Eine Aufkündigung, über welche eine so geartete Beurkundung nicht ausgefertigt wird, verpflichtet den Avisaten nicht zur Einbringung von Einwendungen, gilt also nicht als gesetzlich zugelassene Aufforderung; sie berechtigt die Parteien nicht, sofort um zwangsweise Räumung oder Übergabe anzusuchen (§§. 19, 20); wohl aber bewirkt sie, wenn sie rechtmäßig gegeben ist, die Auflösung des Bestandvertrages, nur muß die Räumung oder Zurücknahme, wenn sie nicht freiwillig erfolgt, durch Klage veranlaßt werden.

Die außergerichtliche Aufkündigung muß, wenn sie die Wirkung der gerichtlichen Aufkündigung begründen soll, den für diese vorgeschriebenen Inhalt haben, also, wo nothwendig, auch einen Zustellungsbevollmächtigten zur Empfangnahme der an diese Auf-

---

[15]) Ent. v. 14. November 1883, Jur. Bl. 1884: 2.

[16]) G. U. 6971. Anders G. U. 3209, 3698; der Beweis falle dem Avisaten zu.

Digitized by Google

kündigung sich etwa anschließenden gerichtlichen Anordnungen namhaft machen. Es muß die außergerichtliche Aufkündigung, um rechtswirksam zu werden, in derselben Zeit wie die gerichtliche Aufkündigung zugestellt werden. Eine Zustellung durch Anschlag ist dem Gerichtsdiener vorbehalten, also eine außergerichtliche Aufkündigung ausgeschlossen, wenn für denjenigen, welchem aufgekündigt wird, ein Kurator aufzustellen ist, oder wenn sich der Aufgekündigte der Zustellung, oder wo es darauf abgesehen ist, der Beurkundung entzieht.

Die Aufkündigung wird durch die Zustellung an die Partei, welcher aufgekündigt wird, wirksam; sie ist von der Zustellung ab unwiderruflich, zumal sie von beiden Theilen in Vollzug gesetzt werden kann, §. 3. Bestreitet aber der Avisat die Aufkündigung, so ist Submission auf die Einwendungen zulässig.

IV. Der Auftrag nach §. 11.

Bei Verträgen, welche nach Ablauf einer bestimmten Zeit von selbst erlöschen, ist eine Aufkündigung, und die hiermit begründete Sicherung der rechtzeitigen Räumung oder Zurücknahme ausgeschlossen. Die Verordnung vom 16. Nov. 1858 gewährt aber auch für diesen Fall, wie bei der Möglichkeit der Aufkündigung, den Parteien ein Mittel, sich voraus die rechtzeitige Räumung und Übergabe der Bestandsache zu sichern;[17]) sie gestattet im §. 11 dem Bestandgeber und Bestandnehmer, innerhalb der letzten sechs Monate vor Ablauf der Bestandzeit[18]) um eine gerichtliche Verfügung anzusuchen, mittelst welcher der Gegner angewiesen wird, den Bestandgegenstand in bestimmter Zeit zurückzugeben oder zurückzunehmen, oder derzeit schon die diesfällige Verpflichtung in Einwendungen zu bestreiten. Der gerichtliche Auftrag verpflichtet also, wie derjenige, welcher über

[17]) Über die Zulässigkeit des Rechtsstreites auf Räumung oder Zurücknahme des Bestandobjektes zu einer gewissen künftigen Zeit s. §. 67.

[18]) Ein früher eingebrachtes Gesuch ist, als zur Amtshandlung nicht geeignet, abzuweisen. Anders Ger. H. 1881: 6.

Digitized by Google

eine Aufkündigung erlassen wird, zur Räumung oder Übernahme in bestimmter Zeit bei Vermeidung der Exekution, oder zur Anbringung von Einwendungen in der unerstreckbaren, und bei Versäumung nicht restituirbaren Frist von acht Tagen. Auch gegen diesen Auftrag ist Rekurs ausgeschlossen, §. 15. Die Einwendungen sind wie bei der Aufkündigung als Klage zu betrachten, §. 12. Im außergerichtlichen Wege können diese Rechtsfolgen nicht begründet werden. Ist die vertragsmäßige Bestandzeit abgelaufen, so kann die Räumung oder Zurücknahme nicht im Wege des Auftrages, sondern nur mittelst einer Klage erwirkt werden.

V. Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Bestandverträgen.

Streitigkeiten aus Bestandverträgen in dem oben bezeichneten Umfange, insbesondere auch jene Streitigkeiten, welche durch Einwendungen gegen eine Aufkündigung, oder gegen einen nach §. 11 erlassenen Auftrag veranlaßt werden, sind nach den Vorschriften über das summarische Verfahren zu verhandeln, mit jener Beschleunigung, welche allgemein für Bestandsachen geboten ist.

Besondere Anordnungen sind gegeben:

1. über provisorische Sicherstellung. Das Zivilrecht gestattet allerdings jedem Theile, bei erheblicher Vertragswidrigkeit die vorzeitige Aufhebung des Bestandvertrages zu fordern (§§. 1117, 1118 b. G. B.); es vermag jedoch der Fortsetzung des Mißbrauches während der Dauer des diesfälligen Streites nicht zu steuern. Daher gestattet der §. 14 nach Maßgabe der Gefährde a) eine den ganzen Bestandgegenstand betreffende provisorische Anordnung, u. zw. die Sequestration ohne oder gegen Sicherstellung, oder die Zuweisung des Bestandobjektes an jene Partei, welche ihrem Gegner Sicherheit leistet; — b) sofern es nur um einzelne Vorkehrungen zur Erhaltung des Bestandgegenstandes, oder bei Pachtungen zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes, oder um die Untersagung einzelner nachtheiligen Handlungen zu thun ist, α) die Anordnung der Vor-

Digitized by Google

nahme solcher Vorkehrungen, oder der Unterlassung solcher Handlungen bei Vermeidung von Geldstrafe oder Arrest, β) nach Umständen die Auflage einer Sicherstellung für die Folgen der Unterlassung der Vorkehrung oder der Vornahme der nachtheiligen Handlung.

Die provisorischen Maßregeln können nur über Antrag des gefährdeten Theiles verfügt werden; sie haben nur statt, wenn die Handlungen oder Unterlassungen eine Vertragswidrigkeit begründen,[19]) und augenfällig eine Verschlechterung oder Entwerthung der Bestandsache herbeiführen, oder daraus unwiederbringlicher Schade droht. Provisorische Verfügungen können nur bewilligt werden während der Dauer der Verhandlung, also im Rechtsstreite, welcher aus Anlaß der Gefährdung geführt wird, und nur für die Dauer des Rechtsstreites, weil nach Abschluß desselben der Inhalt des Urtheiles entscheidend ist. Zu erlassen ist die provisorische Verfügung in der Regel nach Vernehmung der anderen Partei; von dieser Vernehmung kann nur bei bescheinigter dringender Gefahr Umgang genommen werden. Der Vollzug der provisorischen Verfügung wird durch Rekurs nicht gehemmt.

2. für bestimmte dringliche Klagen. Für die Verhandlung a) über die Einwendungen gegen eine gerichtliche Aufkündigung, oder gegen eine außergerichtliche Aufkündigung, welcher die Wirkung einer gerichtlichen zukommt, oder gegen einen nach §. 11 erlassenen Auftrag, — b) über Klagen, mit welchen die Aufhebung oder Erlöschung eines Bestandvertrages aus einem anderen Grunde, als wegen Ablaufes der Bestandzeit begehrt wird,[20]) — c) über Klagen, mit welchen gegen den Bestandgeber die

[19]) Als erhebliche Unterlassung kann auch erscheinen der Nichtgebrauch des Bestandobjektes (Einstellung des Brauereibetriebes, der Schankwirthschaft), sofern dadurch der Bestandgegenstand selbst gefährdet wird.

[20]) Im Falle der Bestandvertrag mit Ablauf der Bestandzeit abläuft, steht die Rechtshilfe des §. 11 zu.

Digitized by Google

Übergabe einer in Bestand genommenen Sache begehrt wird, sind folgende Modificationen des summarischen Verfahrens geboten:

α) wird die Aufhebung des Bestandvertrages wegen Unterlassung der rechtzeitigen Entrichtung des Bestandzinses verlangt (§. 1118 b. G. B.), so findet die Einwendung der Kompensation nur statt, wenn die Gegenforderung nicht erst der Ausführung eines Beweises durch Zeugen oder Sachverständige bedarf.[21]) Zugelassen ist der Beweis durch Urkunden und Eid; den Zeugen- und Sachverständigenbeweis hat der Richter auszuschließen;

β) auf Zeugen, deren Vernehmung nicht binnen acht Tagen erfolgen kann, ist über Einwendung des Gegners kein Bedacht zu nehmen;

γ) die Frist zur Appellation und Revision, und zum Rekurse ist auf drei Tage gekürzt; die Appellations- und Revisionsbeschwerde ist mit der Anmeldung zu verbinden;

δ) der Parteieid ist binnen drei Tagen nach der Rechtskraft, und wenn das Urtheil in letzter Instanz ergangen ist, binnen 3 Tagen nach der Zustellung anzutreten: [22])

ε) das Ausbleiben bei einer Tagsatzung ist binnen drei Tagen nach Wegfall des Hindernisses, die Wiedereinsetzung bei Versäumung einer Fallfrist binnen drei Tagen nach Ablauf der Frist anzusuchen, §. 15. Ein offenbar verspätetes Gesuch ist von Amtswegen zurückzuweisen (Arg. §. 19 Summ. V). [23])

Im Falle des Ausschlusses der Kompensationseinrede oder des Zeugenbeweises ist die Verhandlung und Entscheidung beschränkt (s. §. 2). Die Partei, welcher dadurch Einwendungen oder Beweismittel entgehen, ist berechtigt, sie mittelst eines nachfolgenden summarischen Verfahrens geltend zu machen, jedoch nur,

---

[21]) Es folgt aus dieser Bestimmung, daß im Allgemeinen die Liquidität der Forderung nicht Erforderniß der Aufrechenbarkeit ist.

[22]) Vergl. oben §. 142, IV.

[23]) G. U. 1983.

Digitized by Google

wenn diese Einwendungen, diese Beweismittel zu Folge der Beschleunigung des Verfahrens ausgeschlossen erscheinen, §. 16, nicht also auch dann, wenn die Partei diese Rechtsbehelfe im Prozesse geltend zu machen versäumt hat. Die Geltendmachung der Kompensationseinrede und der ausgeschlossenen Beweismittel erfolgt mit Klage.

VI. Die Räumungsfrist.

Die §§. 17 und 18 bestimmen die Fristen, binnen welcher die Rückstellung des Bestandobjektes, wenn die Verpflichtung hierzu bereits außer Zweifel steht, begonnen und beendet sein muß, verschieden für Miethe und für Pacht. Der Miether hat, wenn nicht durch besondere Vorschriften etwas anderes festgesetzt ist, [24]) spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Miethzeit die Räumung zu beginnen, und demjenigen, welcher den gemietheten Gegenstand nach ihm übernimmt, einen zur Verwahrung eines Theiles seiner Fahrnisse hinreichenden schicklichen Platz einzuräumen, am letzten Tag der Miethzeit aber den Miethgegenstand vollständig zu räumen und zu übergeben. [25]) — Der Pächter hat die Räumung von Pachtgütern, bei welchen sich Gebäude befinden, spätestens am achten Tage vor Ablauf der Pachtzeit zu beginnen, und dem Übernehmer so viele und so geartete Räumlichkeiten zu überlassen, als zur Unterbringung eines Theiles seiner Fahrnisse und der Bedürfnisse zur Fortsetzung des Wirthschaftsbetriebes nöthig sind, am letzten Tage der Pachtzeit aber den Bestandgegenstand vollständig zu räumen und zu übergeben. Bei Pachtungen, welche nicht Gebäude umfassen, hat die Übergabe bei Ablauf der Pachtzeit zu erfolgen.

---

[24]) Die Ortsgewohnheit soll bei der Abfassung besonderer Vorschriften berücksichtigt werden, nicht aber die gesetzliche Bestimmung ausschließen. Anders Canstein: Lehrb. II. 673.

[25]) Schicklicher Platz ist nicht gerade die Hälfte des Miethobjektes. Anders Canstein a. a. O.

Digitized by Google

Diese Räumungsfrist gilt, wenn die Aufkündigung, oder der sie nach §. 11 ersetzende Auftrag in Wirksamkeit tritt; sie ist in dem Urtheile, in welchem der Bestandvertrag zu Folge einer Klage für aufgehoben oder erloschen erkannt wird, als Leistungsfrist zu bestimmen, §. 18.

VII. Die Exekution auf Räumung, und die stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages.

Die Exekution einer wirksamen Kündigung, eines nach §. 11 ergangenen Auftrages, und eines Urtheiles auf Räumung erfolgt, wenn bis zum Mittag des letzten Tages, an welchem spätestens die theilweise, beziehungsweise die gänzliche Räumung und Übergabe zu erfolgen hat, die dazu erforderlichen Maßregeln nicht getroffen sind, über Ansuchen des Bestandgebers durch gewaltsame Räumung.[26]) Der Bestandgeber ist zum Antrag auf Exekution berechtigt, auch wenn der sie begründende Spruch oder Auftrag vom Bestandnehmer erwirkt wurde, §. 3. Ist die Bestandzeit schon vor der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung abgelaufen, so kann die Exekution noch am zweiten Tage nach eingetretener Rechtskraft, oder am zweiten Tage nach der Zustellung der in letzter Instanz gefällten Entscheidung angesucht werden §. 19.

Der §. 19 bezeichnet den Zeitpunkt, in welchem frühestens die Exekution angesucht und bewilligt werden kann. Die Exekution kann also nicht bloß in der vom §. 19 genannten Zeit,[27]) sondern

---

[26]) Der §. 19 berechtigt zum Ansuchen um Exmission (Delogirung) denjenigen, dem daran gelegen ist; das Recht, die Räumung zu betreiben, kann aber nur dem Bestandgeber zuerkannt werden (arg. §. 301 a. G. O. und §. 4 Best. V.). nicht auch dem neuen Bestandnehmer, obwohl ihm an der Räumung gelegen sein kann.

[27]) So die Ent. im G. U. 7495, das Exekutionsrecht sei erloschen, wenn nicht exequirt wird, sobald exequirt werden kann. Vergl. auch G. U. 4822 und 7141.

Digitized by Google

sie kann auch nach Ablauf derselben angesucht werden.[28]) Das Recht zur Exekution muß aber als erloschen gelten, sobald nach dem Gesetz der Bestandvertrag dadurch, daß der Bestandnehmer fortfährt, den Bestandgegenstand zu gebrauchen und zu benützen, und der Bestandgeber es dabei bewenden läßt, als stillschweigend erneuert anzusehen ist. Das ist nun nach §. 22 der Fall, wenn die Räumung und Übergabe nicht binnen 14 Tagen, oder bei Verträgen, welche ursprünglich auf kürzere Zeit als auf einen Monat geschlossen wurden, nicht binnen einer der Hälfte der ursprünglich bedungenen Zeit gleichkommenden Frist, gerechnet von jener Zeit, zu welcher bereits exequirt werden konnte, gerichtlich betrieben wird. Mit Ablauf dieser Zeit erlischt der Effekt der Aufträge und Entscheidungen auf Räumung und Übergabe, weil das Gesetz den Bestandvertrag als erneuert behandelt. Einem in dieser Zeit eingebrachten Exekutionsantrage ist eine vereinbarte Erneuerung des Bestandvertrages als Opposition entgegen zu stellen.

Die Bewilligung und der Vollzug der Exekution erfolgt unverzüglich, wenn eine gerichtliche Entscheidung, oder ein gerichtlicher Auftrag, eine Notariatsbeurkundung, oder ein amtliches, von der Partei, welcher aufgekündigt wurde, gefertigtes Protokoll, oder eine legalisirte Bescheinigung des Avisaten beigebracht wird. Über ein Exekutionsgesuch auf Grund einer nicht beglaubigten Privaturkunde ist auf möglichst kurze Frist, nach Umständen noch auf den nämlichen Tag eine Tagsatzung, lediglich zur Verhandlung über die Echtheit der Bescheinigung, anzuordnen. Wird bei dieser Tagsatzung die Echtheit der Bescheinigung nicht ausdrücklich in Abrede gestellt, oder bleibt der Aus-

---

[28]) Ent. v. 22. April 1884, Ger. Z. 1884: 92, und Ent. v. 17. Juni 1885, Sp. R. 125: „Durch Ablauf der im §. 19 bestimmten Zeit, in welcher die zwangsweise Räumung eines Bestandgegenstandes begehrt werden kann, erlischt die Vollstreckbarkeit eines Räumungsauftrages nicht."

Digitized by Google

steller derselben einseitig aus, so ist die Exekution mit Bescheid zu bewilligen und sofort in Vollzug zu setzen; wird aber die Echtheit der Urkunde bestritten, so ist nach dem Ergebnisse des Echtheitsbeweises mit Urtheil über die Statthaftigkeit der Exekution zu entscheiden.

Alle gegen den Bestandnehmer wirksamen Aufträge, Verfügungen und Entscheidungen sind auch gegen den Afterbestandnehmer wirksam und exequirbar.[29]) Eine Ausnahme gilt, wenn zwischen dem Bestandgeber und Afterbestandnehmer ein besonderes Übereinkommen besteht, also wenn diese Personen in ein unmittelbares aber den Afterbestand nicht ausschließendes Vertragsverhältniß zu einander getreten sind, in welchem Falle der Afterbestandnehmer als Streitgenosse des Afterbestandgebers zu behandeln ist.[30])

§. 156.

VII. Der Syndikatsprozeß und das bezügliche Rückersatzverfahren.*)

I. Das im ar. 9 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dez. 1867 R. 144 über die richterliche Gewalt festgestellte Klagerecht gegen den Staat und dessen richterliche Beamte wegen der von den letzteren in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit verursachten Rechtsverletzungen wurde geregelt durch das Gesetz vom 12. Juli 1872 R. 112. Das Klagerecht wegen der von richterlichen Beamten

---

[29]) Es gilt das nicht bloß von „Aufkündigungen, welche der Bestandnehmer nicht bestritten hat", sondern auch von Aufkündigungen des Bestandnehmers, sobald sie nach §. 3 gegen ihn selbst exequirt werden.

[30]) Ein Räumungsauftrag gegen den Afterbestandnehmer allein ist auch in einem solchen Falle ausgeschlossen.

*) L—r: Zur Anwendung des Gesetzes vom 12. Juli 1872, Ger. H. 1872 S. 73 f. — Kaserer: Das Gesetz vom 12. Juli 1872.

Digitized by Google

zugefügten Rechtsverletzungen besteht nach Maßgabe des Gesetzes vom 12. Juli 1872.[1])

Es steht nach diesem Gesetze eine Ersatzklage (Syndikatsklage) zu, wenn ein richterlicher Beamte in Ausübung seiner amtlichen Wirksamkeit durch Übertretung seiner Amtspflicht, insbesondere auch durch eine gesetzwidrig verfügte oder verlängerte Verhaftung (§. 27) einer Partei eine Rechtsverletzung und dadurch einen Schaden zugefügt hat, gegen welchen die in dem gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmittel eine Abhilfe nicht gewähren.

Richterliche Beamte im Sinne des G. v. 12. Juli 1872 sind die bei den Gerichtshöfen und bei den Bezirksgerichten zur

---

[1]) Der ar. 9 des Staatsgrundgesetzes v. 21. Dezember 1867 R. 144 kann also zur Auslegung des Gesetzes vom 12. Juli 1872 nicht verwendet werden. Aus der Anordnung, daß für die Syndikatsklage nur das Gesetz vom 12. Juli 1872 maßgebend ist, folgt zunächst, daß das Klagerecht, obwohl es im Staatsgrundgesetz neben den im gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmitteln zugedacht ist, doch nur zugelassen ist, wenn diese Rechtsmittel keine Abhilfe gewähren, sei es wegen der Beschaffenheit des Schadens, sei es wegen der Beschaffenheit der Rechtsmittel. Die Klage ist nicht begründet, insolange Abhilfe gewährende Rechtsmittel zulässig erscheinen; sie ist aber begründet, wenn die Rechtsmittel versäumt sind, weil die Klage nicht von der Erschöpfung der Rechtsmittel bedingt ist, im Syndikatsprozesse über die Frage, ob das prozessualische Rechtsmittel Abhilfe gewährt hätte, nicht entschieden werden kann, und eine Versäumung der Partei das Verschulden der richterlichen Beamten nicht ausgleicht. — Es folgt aus dem Umstande, daß sich das Gesetz vom 12. Juli 1872 als allein maßgebend erklärt, daß in diesem Gesetze eine Syndikatsklage ausgeschlossen sein kann, obwohl sie im ar. 9 des genannten Staatsgrundgesetzes zugesichert erscheint, und daß eine Syndikatsklage zugelassen sein kann, welche im ar. 9 nicht begründet erscheint. — Das Gesetz vom 12. Juli 1872 schließt die Syndikatsklage aus im §. 3 gegen bestimmte richterliche Beamte und im §. 8 bei einer schädigenden Verfügung und Entscheidung des obersten Gerichts- und Kassations-Hofes (siehe Note 2); — es läßt die Syndikatsklage zu bei Rechtsverletzungen, welche nicht von richterlichen Beamten des Staates zugefügt wurden, §. 4.

Digitized by Google

Ausübung des Richteramtes oder sonst zu gerichtlichen Amtshandlungen angestellten Staatsbeamten, sowie die zur Vornahme gerichtlicher Amtshandlungen abgeordneten Gerichtskommissäre (Notare), die fachmännischen Beisitzer der Handels-, See- und Berggerichte, die bei den Gerichten zur Vornahme gerichtlicher Amtshandlungen angestellten Diener, und die bei den landesfürstlichen Steuerämtern angestellten Staatsbeamten und Diener bezüglich ihrer Amtshandlungen mit gerichtlichen Depositen- und Waisengeldern (nicht auch die Beamten der Staatsanwaltschaft), §. 4. Gleichgiltig ist, ob der richterliche Beamte in erster oder in höherer Instanz fungirt; doch fehlt für Ersatzklagen aus Verfügungen und Beschlüssen des obersten Gerichts- und Kassationshofes das gesetzlich kompetente Gericht (vergl. §. 8), daher erscheinen Ersatzklagen gegen den Staat und die Mitglieder des obersten Gerichts- und Kassationshofes ausgeschlossen.[2])

Für den durch richterliche Beamte pflichtwidrig verursachten Schaden haftet der schuldtragende Beamte als Hauptschuldner, und der Staat kraft des G. v. 17. Juli 1872 gleich einem Bürgen und Zahler, §. 1. Auf den Vorgesetzten des Beamten erstreckt sich die Haftung für den Schaden nur dann, wenn auch dieser sich einer Übertretung der Amtspflicht schuldig gemacht hat, oder wenn ihm eine solche Haftung durch besondere gesetzliche Vorschrift auferlegt ist, §. 7. Folgt die Ersatzpflicht aus dem Beschluß eines Kollegialgerichtes, so haften jene Stimm-

[2]) Der O. G. H. hat mit Ent. v. 24. Juni 1884, Jur. Bl. 1885: 2 die bei dem Oberlandesgerichte in Wien gegen das Ärar eingebrachte Syndikatsklage auf Zahlung eines aus einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes abgeleiteten Ersatzbetrages wegen von Amtswegen wahrzunehmender Inkompetenz abzuweisen verordnet, weil das Gesetz vom 12. Juli 1872 auf Fälle, in welchen behauptet wird, daß durch Übertretung einer Amtspflicht von Seite eines oder mehrer Mitglieder des obersten Gerichts- und Kassationshofes eine Rechtsverletzung und dadurch ein Schade zugefügt worden sei, keine Anwendung findet.

Digitized by Google

führer, welche für den Beschluß gestimmt haben; beruht jedoch der schädigende Beschluß auf einem unvollständigen oder unrichtigen Referate, so haften die Votanten nur bei Außerachtlassung der ihnen gesetzlich obliegenden Sorgfalt, §. 6.

Die Ersatzklage kann gerichtet werden gegen den Staat allein, oder gegen den schuldtragenden richterlichen Beamten, oder gegen den Staat und den Beamten als Streitgenossen, §§. 1 und 9. Wird der Ersatz aus dem Spruche eines Kollegialgerichtes abgeleitet, so können die einzelnen Votanten nur dann geklagt werden, wenn dieselben dem Kläger im Wege eines strafgerichtlichen Verfahrens bekannt geworden sind, §. 3. — Zur Begründung der Klage gegen den einzelnen Beamten wird der Beweis erfordert, daß der Rechtsverletzung die Übertretung einer Amtspflicht von Seite des beklagten Beamten zu Grunde liegt; für die Klage gegen den Staat genügt der Beweis, daß die Rechtsverletzung durch Übertretung einer Amtspflicht von Seite richterlicher Beamten desjenigen Gerichtes erfolgte, von welchem die Amtshandlung ausgegangen ist, §. 2.

In der Klage hat die Partei die Thatsachen, aus welchen sie ihre Ersatzansprüche herleitet, sowie den Gegenstand und Umfang des erlittenen Schadens auszuführen und bezüglich des Ersatzes ein bestimmtes Begehren zu stellen, §. 10.[3]) Eine Klage, welche diesen Bestimmungen nicht entspricht, ist von Amtswegen zurückzuweisen.

Zuständig ist für die Rechtssache das Oberlandesgericht, in dessen Sprengel das Gericht seinen Sitz hat, von welchem oder von dessen Bestellten die Rechtsverletzung ausgegangen ist. Gründet sich die Rechtsverletzung in dem Spruche eines Oberlandesgerichtes oder in einer Verfügung des Präsidenten desselben, so hat der oberste Gerichtshof auf Antrag eines Streittheiles ein anderes

[3]) Die Theilung in eine Ersatzfeststellungs- und Schadenliquidirungsklage ist also ausgeschlossen.

Digitized by Google

O. L. G. zur Verhandlung und Entscheidung zu bestellen, §. 8. Gegen die im Laufe des Verfahrens getroffenen Verfügungen und Entscheidungen ist nach Zulaß des Prozeßgesetzes Rechtsmittel an den obersten Gerichtshof zu ergreifen, welcher endgiltig entscheidet, §. 17.

Der Prozeß ist nach den Vorschriften über das ordentliche Verfahren durchzuführen[4]); der Staat wird in diesem wie in anderen Prozessen von der Finanzprokuratur am Sitze des Prozeßgerichtes vertreten, §. 9. Besonders bestimmt ist:

a) daß die Partei die Beweismittel nach Thunlichkeit beizubringen oder zu bezeichnen habe, §. 10. Die Anordnung bezieht sich lediglich auf Urkunden; die Bezeichnung derselben an Stelle der Vorlegung wird genügen, wenn sich die Urkunden bei Gericht oder einer anderen öffentlichen Behörde befinden. Der Grundsatz, daß der Beweis Parteisache sei, und daß der Beweis dem §. 12 G. O. entsprechend anzubieten sei, ist in diesem ordentlichen Verfahren festzuhalten [5]). Der Eid des Beamten ist nur zulässig, wenn derselbe als Beklagter oder Vertretungsleister im Prozesse auftritt; er ist ausgeschlossen über Thatsachen, bezüglich welcher dem richterlichen Beamten die amtliche Pflicht der Verschwiegenheit obliegt, §. 16;

b) daß das Gericht von der Einleitung des Prozesses die kompetente Disziplinarbehörde zu verständigen, und diese das Ergebniß der Verhandlung dem Prozeßgericht mitzutheilen habe. Das Ergebniß dieser Verhandlung wird für die Entscheidung nur

---

[4]) Es ist nicht bloß Vereinbarung des summarischen Verfahrens ausgeschlossen, Canstein: Lehrb. II. 585, sondern jede Bestimmung des Verfahrens durch Vereinbarung.

[5]) Aus der Textirung des Gesetzes vom 17. Juli 1872 darf eine Modifikation der Grundsätze der Gerichtsordnung und der in derselben vorgezeichneten Verfahrensart nicht abgeleitet werden. Das G. wollte nur dem im Jahre 1872 in Aussicht gestandenen Abschluß der Reform der Zivilprozeßgesetzgebung Rechnung tragen.

Digitized by Google

von Bedeutung, wenn die Partei darauf im Rechtsstreit Bezug nimmt; die Mittheilung des Ergebnisses der Disziplinarverhandlung an das Prozeßgericht erfolgt, um der Partei die Einsicht und die Erhebung von Abschriften zu erleichtern, §. 12. Vorbehalten bleibt der Partei, bei der Disziplinarbehörde nach beendeter Disziplinaruntersuchung die Akten der Untersuchung einzusehen und davon Abschriften zum Gebrauch im Prozesse zu erheben, soweit sie für den Prozeß über die Ersatzpflicht erheblich sind, und das Amtsgeheimniß über die Abstimmung der Kollegialgerichte hiermit nicht verletzt wird, weil diese Abstimmung schon im Wege der strafgerichtlichen Untersuchung bekannt geworden, oder der richterliche Beamte wegen derselben im Disziplinarwege verurtheilt worden ist. Verweigert die Disziplinarbehörde des Beamten die Einsicht oder die Ertheilung von Abschriften, so steht der Partei Rekurs an die übergeordnete Disziplinarbehörde zu, §. 13;

c) daß jede Prozeßpartei die Aussetzung des Prozeßverfahrens bis zur Beendigung der Disziplinaramtshandlung begehren könne, wenn das Ergebniß derselben, oder die im Disziplinarwege zu pflegenden Erhebungen für die Entscheidung des Prozesses voraussichtlich von Einfluß erscheinen. Verweigerung der Aussetzung des Verfahrens berechtigt zum Rekurs an die höhere Prozeßinstanz, §. 14;

d) daß der Staat, wenn er allein geklagt ist, dem schuldtragenden Beamten, oder dessen Verlassenschaft oder Erben (§. 26), jederzeit unter Zustellung beglaubigter Abschriften der bis dahin gepflogenen Prozeßverhandlung den Streit verkündigen und dessen Vertretungsleistung verlangen könne (s. §. 43), was bei einem Ersatzanspruch, welcher aus dem Beschlusse eines Kollegialgerichtes abgeleitet wird, voraussetzt, daß das Verschulden der stimmführenden richterlichen Beamten im Wege eines strafgerichtlichen Verfahrens bekannt geworden, oder durch ein rechtskräftiges Disziplinarerkenntniß festgestellt ist, §. 15.

Digitized by Google

II. Hat der Staat in Folge einer Syndikatsklage Ersatz geleistet, so kann er von dem richterlichen Beamten, welcher der Partei den Schaden zugefügt hat, oder von dessen Verlassenschaft oder Erben (§. 26) Rückersatz beanspruchen. Zur Geltendmachung des Rückersatzanspruches kann die Finanzprokuratur in Vertretung des Staates von dem Disziplinar- oder Strafgerichte, oder von dem Gerichte, von welchem oder von dessen Bestellten die Rechtsverletzung ausgegangen ist, die Bekanntgabe jener richterlichen Beamten, welche die den Ersatz begründende Amtshandlung ausgeübt oder bei derselben mitgewirkt haben, und die Mittheilung aller zum Nachweise dieser Ausübung oder Mitwirkung dienlichen Behelfe (§. 23), und gewiß auch die Mittheilung aller anderen zur Begründung der Klage dienlichen Akten (§. 13) verlangen. Der Rückersatz kann nicht im administrativen Wege, sondern nur im Wege des Prozesses hereingebracht werden, §. 21. Die Finanzprokuratur kann, bei Bestand bestimmter Voraussetzungen (s. §. 154), bei dem für die Syndikatsklage zuständigen Oberlandesgericht einen Zahlungsauftrag erwirken, oder den Rückersatzanspruch des Staates im ordentlichen Rechtswege vor dem nach den allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gerichte erster Instanz geltend machen, §. 21. Dem Zahlungsbefehle bez. der Klage können solche Einwendungen nicht entgegengesetzt werden, über welche in dem gegen den Beamten als Mitgeklagten geführten Ersatzprozesse bereits verhandelt und entschieden worden ist, oder welche der Beamte ungeachtet der an ihn ergangenen Streitverkündigung in dem Ersatzprozesse anzubringen versäumt hat, §. 22.

Zur Hereinbringung des Rückersatzes können der Gehalt und die sonstigen Dienstbezüge des richterlichen Beamten bis zu einem Drittel, mit Freilassung eines Jahresbezuges von 350 fl., mit Sicherungs- und Exekutionsverfügungen getroffen werden, §§. 24, 25. Für den Rückersatz haftet auch die Verlassenschaft und der Erbe, §. 26; dem Anspruch der Witwe und der Kinder aus dem Staatsdienstverhältnisse erwächst daraus keine Schmälerung.

Digitized by Google

VIII. Das Bagatellverfahren.*)

§. 157.

Gesetzesquelle. Charakteristik.

I. Die Erkenntniß, daß auch das mit Hfd. v. 24. Oktober 1845 eingeführte summarische Verfahren für die Parteien viel zu schwerfällig und kostspielig sich gestalte, und die Gerichte aller Instanzen übermäßig belaste, gab Veranlassung, für geringfügige Rechtssachen ein neues, das Bagatellverfahren, zu schaffen, welches im Gesetz v. 27. April 1873 R. 66[1]) vorgezeichnet ist, und nachdem es als bewährt erkannt wurde, durch das Gesetz vom 1. März 1876 R. 23 erweiterte Geltung erlangt hat.[2]) Insofern das Gesetz vom 27. April 1873 über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen (Bagatellverfahren) keine besonderen Bestimmungen enthält, sind die allgemeinen Vorschriften über das gerichtliche Verfahren in Streitsachen (nicht die Bestimmungen des Summ. V.) zu beobachten, §. 88.

II. Hervorgegangen ist das Gesetz über Bagatellverfahren aus dem Entwurfe einer Zivilprozeßordnung; es bekennt sich daher auch zu jenen Grundsätzen, welchen dieser Entwurf im Anschluß an die moderne Zivilprozeßgesetzgebung Geltung zu schaffen anstrebt, allerdings mit Bedacht darauf, daß das Bagatellverfahren nur für geringfügige Rechtssachen bestimmt ist, welchen der Staat jene Sorgfalt versagen muß, die mit dem durch solche Rechtsstreitigkeiten zu erreichenden Zweck außer Verhältniß steht. Betraut

*) Menger: System §§. 25, 28. D. Ullmann: Bagatellverfahren 1873. Kaserer: Das Gesetz vom 27. April 1873.

[1]) Auf das G. v. 27. April 1873 R. 66 wird hier ohne Zusatz Bezug genommen.

[2]) Im J. M. Erl. vom 5. Juni 1873 Z. 6779 wurde den Gerichten eine Instruktion für die Ausführung des Bagatellverfahrens gegeben. Über die im Bag. V. zu entrichtenden Gebühren vergl. das G. vom 24. Mai 1873 R. 97.

Digitized by Google

ist mit der Austragung der Bagatellsachen ein Einzelnrichter, welcher der staatsrechtlichen Garantien des Richteramtes nicht theilhaftig sein muß. Das im Bagatellverfahren erlassene Urtheil kann nur wegen bestimmter Mängel des Verfahrens mit dem Rechtsmittel der Nullitätsbeschwerde angefochten werden; die Entscheidung selbst unterliegt keiner Überprüfung. Die Verhandlung ist eine mündliche, der Instruktionsrichter nothwendig auch Erkenntnißrichter, und bei Vollzug seiner Aufgabe der Kontrole der Öffentlichkeit unterstellt. Dem Richter obliegt die Leitung der Verhandlung; das Gesetz hat darauf verzichtet, für die Instruktionsverhandlung die Reihenfolge der Prozeßhandlungen zu bestimmen, und das Vorbringen der Parteien auf einen bestimmten Ort zu bannen. Es fällt dem Richter zu, das Verfahren der Sachlage entsprechend zu ordnen (arbiträre Ordnung); er ist berechtigt, was zusammen gehört, zu gemeinsamer Verhandlung zu verbinden, oder zur Vereinfachung der Verhandlung eine Theilung des Stoffes zu vollziehen, und spruchreif gewordene Theile des Anspruches durch ein Theilurtheil abzuthun. Den Parteien ist vorbehalten, von den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln ohne Schädigung ihres materiellen Rechtes bis zum Schluß der einheitlichen Verhandlung Gebrauch zu machen (Entfall der Eventualmaxime), soweit weiteres Vorbringen durch Theilurtheil des Richters nicht ausgeschlossen ist. Die Beweisverhandlung ist der Instruktionsverhandlung vollständig einverleibt; der Richter schreitet zur Beweisaufnahme an jenem Orte, wo es die Sachlage angemessen erscheinen läßt, und knüpft daran die weitere Streitverhandlung. Der Prozeßzweck, die Ermittlung materieller Wahrheit, ist gesichert durch die Berechtigung des Richters, innerhalb der Grenzen des Parteivorbringens Aufklärung zu suchen, und durch die Rezeption der freien Beweistheorie. Das Bagatellverfahren soll überdies einer wesentlichen Neuerung, der Substituirung der Parteieide durch das Parteizeugniß Anerkennung schaffen.

Digitized by Google

§. 158.

Die Anwendbarkeit des Bagatellverfahrens. Die Bagatellgerichtsbarkeit.

I. Im Bagatellverfahren sind zu verhandeln geringfügige Rechtsstreitigkeiten, insofern sie nach den allgemeinen Jurisdiktionsbestimmungen zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte bez. der städtisch-delegirten Bezirksgerichte gehören.

Als solche geringfügige Rechtsstreitigkeiten sind bezeichnet:

1. Rechtsstreitigkeiten über bestimmte Geldsummen bis 50 Gulden (G. v. 1. März 1876 R. 23);

2. Rechtsstreitigkeiten über andere Gegenstände, a) wenn sich der Klageanspruch zu einem alternativen Begehren auf Zuerkennung einer Geldsumme eignet, und diese in einem 50 Gulden nicht übersteigenden Geldbetrag gefordert wird; b) wenn sich der Kläger, ohne alternatives Begehren, in der Klage ausdrücklich erbietet, an Stelle des Klagegegenstandes einen 50 Gulden nicht übersteigenden Geldbetrag als Abfindungsbetrag anzunehmen, §. 1. Durch den Erlag dieses Betrages kann sich der Beklagte auch noch im Zuge der Exekution von dem Klageanspruche befreien.

Die Berechnung der maßgebenden Beträge hat nach dem im §. 15 lit. a und b der Jurisdiktionsnorm für die Bestimmung der Zuständigkeit der städt.-deleg. Bezirksgerichte festgesetzten und sinngemäß anzuwendenden Maßstabe zu erfolgen, §. 7; daher sind weiter im Bag. V. zu verhandeln: Streitigkeiten auf Anerkennung des Rechtes auf einen Fruchtgenuß oder zum Bezug wiederkehrender Leistungen, wenn die einzelne Jahresrente, oder der Geldbetrag, welchen der Kläger anstatt derselben anzunehmen sich bereit erklärt, bei Erträgnissen oder Leistungen auf immerwährende Zeiten 2 fl. 50 kr., bei solchen aber, welche auf die Lebensdauer einer Person eingeschränkt, oder sonst in ihrer Dauer ungewiß sind, 5 fl. nicht übersteigt.

Digitized by Google

Diese geringfügigen Rechtsstreitigkeiten sind aber nur dann im Bag. V. zu verhandeln, wenn sie nach den allgemeinen Jurisdiktionsbestimmungen zur Zuständigkeit der (städt.-deleg.) Bezirksgerichte gehören, §. 1, denn bei den Gerichtshöfen wollte, soweit diesen geringfügige Streitsachen zufallen, ein einzelnrichterliches Verfahren nicht eingerichtet werden. — Um jedoch dem Bagatellverfahren weiteren Raum zu schaffen, wurden Klagen gegen den Fiskus, gegen weltliche und geistliche Gemeinden, Kirchen, Pfründen, Stiftungen und alle Anstalten zu öffentlichen Zwecken, und Klagen gegen Besitzer landtäflicher oder vom Gemeindeverband ausgeschiedener Güter, sofern sie geringfügige Rechtssachen zum Gegenstande haben, den Gerichtshöfen erster Instanz entzogen (§. 14 b und c Jur. N.) und den Bagatellgerichten zugewiesen, §. 1; — es wurden weiter Handelsstreitigkeiten des bezeichneten geringfügigen Betrages, wenn der den Streitgegenstand bildende Anspruch auf einem der im §. 38 Z. 1 und 2 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. erwähnten Handelsgeschäfte beruht,[1]) oder eine daselbst im §. 39 Z. 2 bezeichnete Handelssache betrifft,[2]) in jenen Städten, wo sich ein zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit berufener Gerichtshof befindet, den städt.-deleg. Bezirksgerichten als Bagatellgerichten, — und in

[1]) 1. Streitigkeiten, welche aus den im ar. 271 H. G. B. aufgeführten Handelsgeschäften entstehen, ohne Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft der streitführenden Parteien, wenn das Geschäft auf Seite des Beklagten ein Handelsgeschäft ist; — 2. Streitigkeiten, welche aus den übrigen in den ar. 272 und 273 des H. G. B. erwähnten Handelsgeschäften hervorgehen, wenn eine Handelsgesellschaft, oder wenn ein Kaufmann, dessen Firma im Handelsregister erscheint, der geklagte Theil ist, gleichviel ob das Geschäft beiderseits oder nur auf Seite des einen Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist.

[2]) „Streitigkeiten aus den Rechtsverhältnissen der Kaufleute mit ihren Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Handlungsgehilfen und mit anderen in ihrem Gewerbe angestellten, nicht bloß Gesindedienste verrichtenden, Personen; ferner aus dem Rechtsverhältnisse aller dieser Personen zu Dritten, welchen sie sich im Gewerbe des Prinzipals verantwortlich gemacht haben."

Digitized by Google

Städten, in welchen selbstständige Handelsgerichte bestehen (Wien, Prag und Triest) den mit Ver. v. 2. Juni 1873 R. 111, für den Umfang der daselbst befindlichen städt.-deleg. Bezirksgerichte errichteten besonderen Bagatellgerichten in Handelssachen zugewiesen.[3])

Den Bagatellgerichten fällt zu die Aufforderungsklage bei Berühmung, wenn das gerühmte Recht im Bagatellverfahren geltend zu machen wäre (arg. §. 31 J. N.); — die Oppositionsklage gegen eine vom Bagatellgerichte bewilligte Exekution (arg. §. 71 J. N.);[4]) — und fakultativ auch die Entpfändungsklage bei einer Exekution, welche des Bagatellgericht bewilligt hat (arg. §. 72 J. N.).

Es bleiben, weil zur Zuständigkeit der Gerichtshöfe gehörig, den Bagatellgerichten entzogen: Fideikommiß- und Lehensstreitigkeiten, §. 14, d und e Jur. N., — Rechtsstreitigkeiten, welche dem Verlassenschaftsgerichte zugewiesen sind, wenn ein Gerichtshof zur Verlassenschaftsabhandlung berufen ist, §. 37 J. N., — die Streitigkeiten der Gerichtsvorsteher erster Instanz, welche im §. 42 J. N. einem Gerichtshofe zugewiesen sind, — Streitsachen, welche zur Berggerichtsbarkeit gehören, §. 65 J. N., — und die Handelssachen des §. 39 Z. 1 und 3 des Einf. G. zum H. G. B., wenn sie im Standorte eines Gerichtshofes erster Instanz geltend gemacht werden. — Es sind überdies dem Bag. V. objektiv entzogen: a) Klagen, welche ausschließlich der Realgerichtsbarkeit zugewiesen sind (§§. 52, 53 J. N.); b) Rechtsstreitigkeiten aus Wechselgeschäften, d. h. solche Streitsachen, welche sich zum Wechselverfahren eignen; c) Klagen aus dem Bestandver-

[3]) Im Standorte eines gewöhnlichen Bezirksgerichtes gehören Handelsstreitigkeiten nach den allgemeinen Jurisdiktionsbestimmungen zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte und sind deßwegen von diesen Gerichten im Bagatellverfahren zu verhandeln, wenn sich der Gegenstand zu diesem Verfahren eignet.

[4]) Ent. v. 15. April 1885, Spruchp. 2, 220.

Digitized by Google

trage, wenn sie nicht lediglich auf Einbringung des Bestandzinses gerichtet sind, und d) Rechtssachen, welche sich zum Mandatsverfahren eignen, wenn der Kläger die Erlassung des Mandates begehrt, §. 4.

II. Den Parteien ist die Vereinbarung des Bagatellverfahrens freigelassen, jedoch nur für Ansprüche bis zu dem Betrage von 500 fl., — und nur soferne im Übrigen die Voraussetzungen für die Anwendung des Bagatellverfahrens vorliegen, d. h. diese Rechtsstreitigkeiten bei einem Betrage bis 50 fl. im Bagatellverfahren zu verhandeln wären. Der Betrag der Streitsache ist auch hier nicht durch objektive Werthermittlung festzustellen, sondern bei Streitigkeiten über bestimmte Geldsummen nach dem Klagebegehren, bei Streitigkeiten über andere Gegenstände nach dem in der Klage zu nennenden Abfindungsbetrag zu beurtheilen; Zinsen und andere Nebengebühren bleiben außer Anschlag. — Die Vereinbarung des Bagatellverfahrens begreift die Unterwerfung unter das Bagatellgericht (Bezirksgericht, Handelsbagatellgericht), daher fordert §. 5 für die Einleitung des Bagatellverfahrens, daß das Übereinkommen vor dem Bagatellrichter getroffen, und ein früher getroffenes Übereinkommen diesem Richter urkundlich nachgewiesen werde.

Als ein solches Übereinkommen auf Bagatellverfahren vor dem Bagatellgerichte gilt bei Klagen aus dem Transportgeschäfte über Sachen, ferner bei Klagen auf Grund einer in den Artikeln 301 und 302 H. G. B. bezeichneten Urkunde, die Annahme des zur Beurkundung des Rechtsgeschäftes ausgefertigten Dokumentes (Anweisung, Verpflichtungsschein, Frachtbrief u. s. w.), in welchem für den Streitfall die Unterwerfung unter das Bagatellverfahren erklärt wird, §. 6.

III. In jenen Rechtsstreitigkeiten, welche nach §. 1 des G. v. 27. April 1873 R. 66 bez. des G. v. 1. März 1876 R. 23 im Bag. V. zu verhandeln sind, ist ein anderes Verfahren selbst

Digitized by Google

über ein ausdrückliches oder stillschweigendes Übereinkommen der Parteien unzulässig; eine Änderung dieses gesetzlichen Verfahrens begründet eine von Amtswegen wahrzunehmende Nullität.[5])

IV. Die zur Verhandlung der bezeichneten Rechtsstreitigkeiten im Bagatellverfahren berufenen Gerichte (Bezirksgerichte, städt.-deleg. Bezirksgerichte, in Wien, Prag und Triest Handelsbagatellgerichte) fungiren als Bagatellgerichte. Eignet sich der in der Klage geltend gemachte Anspruch zum Bagatellverfahren nicht, so hat das Handelsbagatellgericht die Amtshandlung nach §. 1 Jur. N. schlechthin abzulehnen, das (städt-deleg.) Bezirksgericht aber die Einleitung des gesetzlichen (summarischen oder ordentlichen) Verfahrens zu verfügen, wenn dessen (sachliche) Zuständigkeit nach den allgemeinen Jurisdiktionsbestimmungen begründet ist, §. 14.

Die Verwaltung der Bagatellgerichtsbarkeit liegt in der Regel dem mit der Leitung des Bezirksgerichtes betrauten Richter ob. Dem Präsidenten der Gerichtshöfe erster Instanz ist vorbehalten, einen oder mehre richterliche Beamte des Bezirksgerichtes zur selbstständigen Ausübung des Bagatellrichteramtes nach Maßgabe und für die Dauer des Bedarfes zu berufen. Den selbstständigen Handelsbagatellgerichten werden die erforderlichen Richter aus der Mitte der stimmführenden richterlichen Beamten von dem Präsidenten des Handelsgerichtes zugewiesen, §. 5.

V. Die örtliche Kompetenz der Bagatellgerichte bestimmt sich nach den allgemeinen Jurisdiktionsbestimmungen,

---

[5]) Plenissimarbeschluß vom 14. April 1885, Jud. B. 117. Durch diesen Beschluß wurde die auf §. 88 gestützte, wiederholt höchstinstanzlich anerkannte entgegengesetzte Anschauung (vergl. Ger. Z. 1885: 44) unter Berufung auf §. 1 und auf die durch das Gesetz über Bag. V. angestrebten, daher durch Parteiwillen nicht zu vereitelnden Ziele abgelehnt.

Digitized by Google

§. 159.

Die Prozeßfähigkeit, Parteivertretung und Zeitberechnung.

I. Im Bag. V. sind Minderjährige mit Umgehung ihrer Vertreter als Kläger oder Beklagte vor Gericht aufzutreten berechtigt, wenn der Rechtsstreit nur dasjenige zum Gegenstande hat, worüber Minderjährige zu Folge der §§. 151, 246 und 247 b. G. V. frei verfügen können. Soweit die beschränkte Dispositionsfähigkeit reicht, ist den Nichteigenberechtigten auch vorbehalten, sich nach Zulaß des Gesetzes dem Bagatellverfahren zu unterwerfen. Die in solchen Fällen abgeschlossenen Vergleiche und gefällten Urtheile können von der gesetzlichen Vertretung nicht angefochten werden, §. 10; diese muß demnach auch die Exekution in das der Disposition des Minderjährigen entzogene Vermögen zulassen.

II. Den Parteien steht frei, den Rechtsstreit in Person oder durch Bevollmächtigte zu führen. Abweichend vom summarischen Verfahren sind männliche Personen unter 24 Jahren, und auch die Ehegattin der Partei als Bevollmächtigte zugelassen; nicht gefordert ist, daß die Partei, welche einen gemeinen Prozeßbevollmächtigten bestellt, eine Verhinderung ausweise, der Bevollmächtigte ist daher auch zur Verhandlung zuzulassen, wenn die Partei mit ihm persönlich vor Gericht erscheint, und kann in diesem Falle die Vollmacht auch zu Protokoll ertheilt werden, §. 9. Der Richter hat die Partei anzuweisen, einen geeigneten Bevollmächtigten zu bestellen, wenn sie einer verständlichen Äußerung über die Streitsache nicht fähig ist, oder wegen unangemessenen Betragens ihre Entfernung aus dem Gerichtssaal beschlossen wurde. Nach Lage der Verhältnisse kann der Richter die Bestellung eines Advokaten fordern, §. 22. Außer diesem Falle gilt Advokatenzwang nur für die schriftliche Nullitätsbeschwerde und für den schriftlichen Rekurs, §§. 79, 84. Die Kosten der Vertretung durch einen Advokaten sind stets als zweckentsprechende zu behandeln.

Digitized by Google

III. Die Fristen sind wie im summarischen und nun auch im ordentlichen Verfahren zu berechnen (§. 11 Bag. V., §. 11 Summ. V., §. 5 Pr. N.), doch werden im Bag. V. die Tage des Postenlaufes in die Fristen nicht eingerechnet. Für die Frist zur Klage, welche das Bag. V. erst zur Folge hat, gelten die allgemeinen Bestimmungen. Ferien und Festtage haben im Bag. V. den gleichen Einfluß wie im ordentlichen Verfahren.

§. 160.

Die Klage und deren Erledigung.

I. Eingeleitet wird das Bag. V. regelmäßig mit Klage. Dem Kläger ist vorbehalten, die Klage schriftlich anzubringen, oder mündlich zu Protokoll zu geben, §. 12. Bei Aufnahme einer mündlichen Klage hat der Richter in gleicher Weise und mit gleicher Umsicht vorzugehen wie im Summ. V. (s. §. 140); die Abforderung von Abschriften der in der Klage bezogenen Urkunden zur Zustellung an den Beklagten ist stets nur eine Anleitung der Partei zu ausreichender Vorbereitung der Streitverhandlung, zu welcher der Richter durch die Sachlage bestimmt wird, §. 13. Die schriftliche Klage, welche rechtsfreundlicher Fertigung schlechthin nicht bedarf, muß den erhobenen Anspruch bestimmt bezeichnen, aber nicht nothwendig die rechtsbegründenden Thatsachen und die Beweismittel dafür umfassen. Dem Richter ist vorbehalten, durch Vernehmung des Klägers zu Protokoll die Bedenken gegen die Einleitung der Streitverhandlung zu beheben, und der anzuordnenden Verhandlung eine entsprechendere Grundlage zu schaffen.

Vorbehalten ist dem Kläger, an den vorhinein festgesetzten und durch Anschlag am Gerichtshause bekannt gemachten Gerichtstagen mit der Gegenpartei auch ohne Vorladung vor Gericht zu erscheinen, um einen Rechtsstreit anhängig zu machen und darüber zu verhandeln, wobei der Verhandlung durch protokollarische Aufzeichnung des Klagebegehrens bestimmte Grenzen zu setzen sind, §. 15.

Digitized by Google

Die Bestimmungen über aktorische Kaution haben im Bag. V. keine Geltung, §. 88. Klagenhäufung ist gestattet, und zwar objektive Häufung auch bei Abgang eines thatsächlichen und rechtlichen Zusammenhanges der Ansprüche, subjektive Häufung bei Bestand der dießfälligen Voraussetzungen (s. §. 42); gefordert ist jedoch, daß alle Ansprüche sich zum Bag. V. eignen, für alle dasselbe Bagatellgericht zuständig ist, und die gehäuften Ansprüche zusammen die für das Bag. V. bestimmte Summe nicht übersteigen, §. 12.

II. Findet der Richter die Klage nach allenfalls veranlaßter Ergänzung oder Aufklärung zum rechtlichen Verfahren nicht geeignet, oder erkennt er sich für unzuständig, so hat er die Klage abzuweisen. — Erscheint lediglich die Einleitung des Bag. V. ausgeschlossen, das Gericht aber zuständig, so ist das der Streitsache entsprechende Verfahren einzuleiten. — Ergeben sich keine Bedenken, so ist, wenn nicht schon beide Streittheile vor Gericht stehen, Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung im Bag. V., den Verhältnissen des Falles entsprechend, wo möglich nicht über zwei Wochen hinaus, in dringenden Fällen selbst auf denselben Tag, an welchem die Klage angebracht wurde, anzuordnen, und sind die Parteien mit der Aufforderung vorzuladen, die auf den Rechtsstreit Bezug habenden Urkunden, und wenn möglich auch die Zeugen, auf welche sie sich berufen wollen, zur Tagsatzung mitzubringen. Zu laden ist der Kläger mittelst Vorladungszettels, weil die Klage bei Gericht für die Prozeßleitung zurückzubehalten ist,[1]) der Beklagte durch Zustellung des Duplikates der schriftlichen, oder einer Abschrift der protokollarischen Klage, §. 14.

Gegen den Bescheid, mit welchem die Einleitung des Bag. V. verweigert wird, ist sofortiger Rekurs zugelassen, §. 84; wenn

[1]) Daher ist bei passiver Streitgenossenschaft eine dreifache Ausfertigung der schriftlichen Klage nicht erforderlich, wohl aber eine zweifache Vorlage der Beilagen.

Digitized by Google

aber das Bag. V. eingeleitet wurde, ist die dießfällige Beschwerde mit der Nullitätsbeschwerde gegen das Urtheil in der Streitsache anzubringen, §. 78.

Die Parteien sind nicht verpflichtet, die anstehende mündliche Verhandlung durch Mittheilung der Urkunden, auf welche sie Bezug nehmen wollen, oder durch Zustellung von Schriftsätzen vorzubereiten.

§. 161.

Die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung im Bagatellverfahren.

I. Die Verhandlung vor dem erkennenden Richter ist öffentlich, doch sind nur erwachsene Personen beiderlei Geschlechtes als Zuhörer zuzulassen, §. 17, wenn sie in einer der Würde des Gerichtes entsprechenden Weise erscheinen, §. 18. Die Öffentlichkeit ist auszuschließen unbedingt auf übereinstimmenden Antrag beider Theile, und von Amtswegen, wenn durch dieselbe die öffentliche Ordnung oder Sittlichkeit gefährdet erscheint. Der Beschluß über die Ausschließung der Öffentlichkeit kann bei Beginn oder im Laufe der Verhandlung gefaßt werden, und ist stets öffentlich zu verkündigen. Die geheime Verhandlung hat nicht nothwendig auch den Ausschluß der Öffentlichkeit bei Verkündigung des Urtheiles zur Folge. Wird die Öffentlichkeit ausgeschlossen, so kann jede Partei verlangen, daß außer ihrem Bevollmächtigten noch drei Personen ihres Vertrauens der Zutritt gestattet werde, §. 17.

II. Die Streitsache ist vor dem erkennenden Richter, im Beisein eines beeideten Protokollführers (§. 77) mündlich in der landesüblichen Sprache (§. 13 a. G. O.) zu verhandeln. Personen, welche der landesüblichen Sprache nicht mächtig sind, haben einen Vertreter zu bestellen. Die mündliche Verhandlung wird durch den Aufruf der Streitsache eröffnet, §. 19, nach welchem der Kläger sein Begehren mündlich zu stellen hat. Anerkennt

Digitized by Google

der Beklagte den Anspruch des Klägers, so ist sofort der Schluß der Verhandlung auszusprechen und zur Verkündigung des Urtheiles zu schreiten; bei theilweiser Anerkennung kann der Richter den anerkannten Theil des Anspruches sofort durch Theilurtheil feststellen, oder die urtheilsmäßige Feststellung bis zur Entscheidung über die streitigen Theile des Anspruches aussetzen, §. 76.

Bei Negation des Klaganspruches hat der Richter die Parteien mit ihren thatsächlichen Erklärungen und Beweisanbietungen zu hören, §. 20, und sohin einen Vergleich zu versuchen, §. 23. Der Vergleich kann unbedingt, oder bedingt von einer durch beiderseitiges Einverständniß festgesetzten Beweisführung abgeschlossen werden. Dabei ist den Parteien unbenommen, den Ausgang der Sache von der Ablegung eines festgesetzten Eides abhängig zu machen, §. 65; der Richter ist aber nicht berechtigt, einen von einem Eide bedingten Vergleich zu veranlassen.

III. Bei Abgang von Submission und Vergleich ist die Streitsache zu verhandeln. Die Streitverhandlung umfaßt das gesammte Streitmaterial. Der Beklagte ist nicht berechtigt, unter Berufung auf eine prozeßhindernde Einrede die Einlassung auf die Streitsache zu verweigern, wohl aber ist der Richter angewiesen, das Verfahren über Antrag oder von Amtswegen mittelst Bescheides einzustellen, wenn die Unzulässigkeit des Bag. V. oder eine durch Unterlassung der Einwendung nicht beseitigte Inkompetenz offenbar wird, §. 30.

IV. Die Streitverhandlung ist mündlich. Grundlage derselben ist allerdings regelmäßig eine schriftliche oder protokollarische Klage, deren Erhebung und Zustellung das Prozeßrechtsverhältniß und die damit verbundenen Rechtsfolgen begründet. Doch gilt die schriftliche Klage für die mündliche Verhandlung nur als Vorbereitungsakt; der Kläger hat in der Verhandlung die Klage mündlich zu erheben und zu begründen, und der Beklagte darauf mündlich zu antworten. Ein Ablesen der Klage

Digitized by Google

oder anderer von einem Streittheil bereit gehaltener Aufsätze ist nicht gestattet, §. 16, wohl aber das Vorlesen von Schriftstücken, deren Wortlaut entscheidend ist.

Eine Protokollirung erfolgt lediglich in den Grenzen des §. 77. Es hat das vom Schriftführer aufzunehmende Protokoll zu enthalten: 1. die Benennung des Gerichtes, die Namen des Richters und des Schriftführers, die Zeit und den Ort der Verhandlung mit der Bemerkung, ob die Verhandlung öffentlich gepflogen oder die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde; 2. die Namen der Parteien und ihrer Bevollmächtigten, und die kurze Bezeichnung des Streitgegenstandes; 3. die Benennung der Personen, welche als Parteien oder in deren Vertretung in der Tagsatzung erschienen sind; 4. die besonders gebotenen Aufzeichnungen. Geboten ist die Aufzeichnung der zu Protokoll erklärten Bevollmächtigung zur Prozeßführung, §. 9, — des erzielten Vergleiches oder der Erfolglosigkeit der Vergleichsverhandlung, §. 23, — des Klagebegehrens, wenn die Streittheile sich zu sofortiger Streitverhandlung gestellt haben, §. 15, — der Änderung des Klagebegehrens, §. 25, — des wesentlichen Inhaltes der in der Verhandlung aufgenommenen Beweise durch Zeugen, §. 48, Sachverständige, §. 50, Augenschein, §. 52, und Abhörung der Parteien als Zeugen §. 62. Das Protokoll hat weiter zu enthalten: 5. die vom Richter im Laufe der Verhandlung gefaßten und verkündigten Beschlüsse; 6. die Zeit des Schlusses der Verhandlung und der Verkündigung des Urtheiles mit der Bemerkung, ob bei derselben beide Parteien anwesend waren oder nicht; 7. wenn die Verhandlung der Rechtssache im Bag. V. auf Grund eines Übereinkommens der Parteien stattfindet, die Bezugnahme auf dieses Übereinkommen. Für den Fall der Verlegung der Verhandlungstagsatzung ist über Antrag der Parteien, oder nach Ermessen auch von Amtswegen im Protokoll ersichtlich zu machen jede Einschränkung des Klagebegehrens, jede ausdrückliche Anerkennung der Schuld oder eines Theiles derselben, und ein von dem Beklagten gegen die

Digitized by Google

der Klage zu Grunde liegende Behauptung ausdrücklich eingelegter Widerspruch. Die Vorlesung des aufgenommenen Protokolles hat nur in den, im Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen statt, also im Falle eines Vergleiches, oder einer Beweisaufnahme, und soweit es der Richter für nothwendig erachtet. Der Mitfertigung der Parteien bedarf das Protokoll nur im Falle eines Vergleiches, §. 23; die Einsicht des Protokolles ist den Parteien jederzeit, also auch schon während der Dauer der Verhandlung gestattet. Protokolle, welche über Amtshandlungen außerhalb der Verhandlungstagsatzung aufgenommen werden, unterliegen den allgemeinen Bestimmungen.

Die mündliche Verhandlung hat der Richter in sich aufzunehmen, um auf Grund derselben die Entscheidung zu fällen; vorbehalten ist ihm, zur Unterstützung des Gedächtnisses eigenhändige Aufzeichnungen zu machen, §. 68, doch dienen sie lediglich zu seiner Erinnerung, verlieren also allen Werth, wenn ein Wechsel in der Person des Richters eintritt, §. 70.

V. Die mündliche Streitverhandlung ist Parteisache. Der Kläger hat sein Begehren vorzutragen, und durch Anführung der rechtserzeugenden Thatsachen und Nahmhaftmachung der Beweismittel zu begründen; der Beklagte hat die vom Kläger vorgebrachten Umstände ohne Zweideutigkeit zu beantworten, das Klagefaktum allenfalls zu ergänzen und zu berichtigen, und alle seine Einwendungen vorzubringen; sohin haben die Parteien in wechselnder Rede geltend zu machen, was zur Wahrung ihrer Rechte dienlich erscheint, §. 20. Die Beleuchtung der maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte ist nicht gefordert, aber auch nicht ausgeschlossen. Alle Weitwendigkeit und unnütze Erörterung hat der Richter hintanzuhalten, §. 19. Ein allgemeines Geständniß der von der Gegenseite vorgebrachten Umstände ist nicht ausgeschlossen, eine allgemeine Verneinung ohne rechtliche Wirkung; ein formeller detailirter Widerspruch der Anführungen des Gegners ist nicht vorgeschrieben, sondern der Richter angewiesen, unter Berück-

Digitized by Google

sichtigung des Ergebnisses der gesammten Verhandlung zu beurtheilen, ob eine thatsächliche Angabe gestanden oder bestritten werden wollte, §. 33.

In der Verhandlungstagsatzung ist der Kläger an den Inhalt der schriftlichen oder protokollarischen Klage nicht gebunden. Die Klage hat den Charakter eines vorbereitenden Schriftsatzes, und ebenso eine von dem Beklagten dem Kläger etwa vorher zugestellte Vertheidigungsschrift. Eine Klageänderung (s. §. 90) im mündlichen Vortrag ist aber nicht zuzulassen, u. zw. von Amtswegen, wenn hierdurch die Zuständigkeit des Gerichtes oder die Anwendung des Bag. V. ausgeschlossen wird, andernfalls, wenn sich der Beklagte der Änderung widersetzt. Der Richter ist jedoch befugt, den Beklagten zur Verhandlung über die geänderte Klage bei Vermeidung der Kontumazfolgen zu verhalten, wenn aus der Klageänderung eine erhebliche Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist, also die sofortige Vertheidigung des Beklagten nicht erschwert erscheint, §. 25.

VI. Aufgabe des Richters bei der öffentlich-mündlichen Verhandlung ist es, jede Störung und Ordnungswidrigkeit abzuwenden oder zu unterdrücken, für eine erschöpfende Erörterung der Streitsache zu sorgen, und das Verfahren so zu ordnen, wie es die Beschaffenheit der Streitsache fordert.

1. Die Disziplinargewalt des Richters zur Aufrechthaltung der Ordnung im Gerichtssaal begreift die Berechtigung, zur Abwehr von Ordnungswidrigkeiten die Öffentlichkeit der Verhandlung, oder einzelne Personen als Zuhörer auszuschließen, und die Befugniß, Einzelne, welche durch unangemessenes Betragen die Verhandlung stören, zu ermahnen, nach vorläufiger Androhung aus dem Gerichtssaale zu entfernen, oder mit einer Geldstrafe bis 10 fl., oder mit einer Arreststrafe bis 24 Stunden zu belegen. Diese Beschlüsse sind in der Gerichtssitzung zu verkündigen; sie sind sofort vollstreckbar, §. 18, doch können sie auf Vorstellung der Betheiligten, und selbst von Amts-

Digitized by Google

wegen abgeändert werden, §. 85. Der Richter ist auch befugt, demjenigen, der seiner Anordnung nicht Folge leistet, das Wort zu entziehen, §. 19. Die Nothwendigkeit der Entfernung aus dem Gerichtssaal und der dauernden Entziehung des Wortes kann für die Partei nicht die Kontumazfolgen, sondern nur die Nöthigung begründen, in der erstreckten Tagsatzung sich entsprechend vertreten zu lassen.

2. Die Pflicht des Richters, dafür Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde (§. 19) begründet a) ein weitgreifendes Fragerecht. Der Richter hat durch geeignete Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Begehren erläutert, ungenügende Angaben geltend gemachter Thatsachen ergänzt, die Beweismittel bezeichnet, und überhaupt alle zur Feststellung des Sachverhaltes nöthigen Erklärungen abgegeben werden, §. 20. Durch die Fragen des Richters sollen die Parteien nicht zu einem Begehren, zu einem neuen Angriff, zu einer neuen Vertheidigung veranlaßt werden, weil die Streitsache Parteisache ist; das Fragerecht dient nur dazu, dem Richter innerhalb der Grenzen des Parteivorbringens völlige Klarheit zu verschaffen. Ausgeschlossen ist nicht, die Partei aufmerksam zu machen, wenn sie aus einem offenbaren Versehen unterläßt, ein Begehren zu stellen oder zu begründen, oder Beweismittel anzuführen; bei der Rechte unkundigen Personen ist der Richter geradezu angewiesen, sie über die im Unterlassungsfalle eintretenden Rechtsfolgen zu belehren. Zur Aufklärung des Sachverhaltes kann auch eine Partei an die anwesende Gegenpartei durch den Richter oder mit dessen Zustimmung unmittelbar Fragen stellen, wobei unangemessene Fragen zurückzuweisen sind, §. 26. Gestellt werden die Fragen an die Partei, welche in der Tagsatzung anwesend ist und verhandelt, also wenn die Prozeßpartei von einem Prokurator vertreten wird, an diesen, sofern nicht die Partei selbst mitanwesend ist. Der Richter ist nicht befugt, die Partei in Abwesenheit ihres Advokaten zu befragen, oder eine persönliche Vernehmung der abwesenden Partei zu veranlassen. Die Rechtsfolgen

Digitized by Google

der Verweigerung der Antwort, des Beharrens auf einer ausweichenden oder unklaren Antwort, hat der Richter nach sorgfältiger Erwägung alle Umstände zu beurtheilen (§§. 62, 33), also Geständniß nur nach dem Ergebnisse der Gesammtverhandlung und bei unzureichender Begründung der Verweigerung bestimmter Antwort anzunehmen. Die Pflicht des Richters zu erschöpfender Erörterung der Streitsache begründet b) die Berechtigung desselben, im Zuge der Verhandlung wann immer von Amtswegen die Vornahme eines Augenscheines, nöthigenfalls mit Zuziehung eines oder mehrer Sachverständigen anzuordnen (§. 52) zur Aufklärung unbestrittener oder bereits festgestellter, oder aber zur Feststellung streitiger Thatsachen. Die Vornahme dieses Augenscheines erfolgt ebenso, wie jene über Antrag der Parteien; es fällt also dieser Instruktions- mit dem Beweisaugenschein zusammen.

3. Der Richter hat das Verfahren so zu ordnen, wie es die Beschaffenheit der Streitsache fordert.

a) Der Richter ist befugt, die Verhandlung mehrer Streitpunkte zu trennen, um durch sukzessive Erörterung der Streitverhältnisse die Verhandlung zu vereinfachen und leicht faßlich zu gestalten. Der Richter kann α) wenn in einem Rechtsstreite mehre Ansprüche erhoben sind, auf Antrag oder von Amtswegen eine besondere Verhandlung über die einzelnen Ansprüche verfügen, §. 24. Anlaß dazu bietet die objektive Klagenhäufung, die Streitgenossenschaft, die Vertheidigung des Beklagten mit einer aufrechenbaren Gegenforderung, und die mit der Klagebeantwortung verbundene, vom Kläger nicht ausgeschlossene und zum Bagatellverfahren sich eignende Widerklage. Der Richter kann β) wenn mehre auf denselben Anspruch sich beziehende selbstständige Streitpunkte (mehre Klagegründe, mehre Einreden u. dgl.) vorliegen, anordnen, daß die Verhandlung sich zunächst nur auf einen oder einige dieser Streitpunkte zu beschränken habe. Anerkannt ist diese Befugniß im §. 30, sie ergibt sich aus dem Prozeßleitungsrechte überhaupt. Die Trennung der Verhandlung

Digitized by Google

hat eine besondere Entscheidung der verhandelten Punkte nicht nothwendig zur Folge; sie ist von der Möglichkeit oder Zweckmäßigkeit einer abgesonderten Entscheidung nicht bedingt. Geboten ist im §. 30 die Einstellung des Verfahrens, sobald die Unzulässigkeit des Bagatellverfahrens, oder eine durch Unterlassung der Einwendung nicht beseitigte Inkompetenz ermittelt ist; zugelassen ist im §. 76 ein Theilurtheil über einen der mehren Klageansprüche, wenn in Ansehung der übrigen eine Erstreckung der Tagsatzung zur Fortsetzung der Verhandlung nothwendig erscheint.

b) Der Richter ist befugt, über Antrag oder von Amtswegen mehre mit abgesonderten Klagen anhängig gemachte Rechtsstreitigkeiten zur gemeinschaftlichen Verhandlung zu verbinden, wenn diese Rechtsstreitigkeiten bei demselben Gerichte anhängig sind, und hiermit eine Vervielfältigung der Parteien nicht erfolgt (weil die Streitigkeiten denselben Kläger und denselben Beklagten betreffen), oder eine solche Mehrheit der Parteien doch nur auf Einer Prozeßseite herbeigeführt wird. Die Verbindung kann über Antrag oder von Amtswegen wieder behoben werden; sie veranlaßt zunächst bloß eine gemeinsame Verhandlung, und nicht auch ein gemeinschaftliches Urtheil; ein gemeinschaftliches Urtheil ist nur gestattet, wenn Rechtsstreitigkeiten derselben Parteien verbunden wurden, §. 24.

c) Die Aussetzung der Verhandlung verfügt der Richter, wenn die Entscheidung der Streitsache von dem Beweise und der Zurechnung einer strafgesetzwidrigen Handlung abhängt (Hfd. v. 6. März 1821 Nr. 1743).

VII. Die mündliche Verhandlung im Bag. V. ist eine einheitliche. Die Eventualmaxime ist aufgegeben; das Bag. V. kennt keine Prozeßabschnitte; Alles, was die Parteien bis zum Schluß der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, vorgebracht haben, gilt als rechtzeitig vorgebracht, §. 67. Davon machen die prozeßhindernden Einreden (s. §. 84) keine Ausnahme;

Digitized by Google

nur die Einrede der Inkompetenz ist bei Vermeidung der Präklusion, wie im ordentlichen Verfahren, „bei der ersten Tagfahrt, bei welcher beide Theile erscheinen, die also vor sich geht" (Hfd. v. 27. Juli 1792 Nr. 36) geltend zu machen, §. 30. Die einheitliche Verhandlung umfaßt auch die Beweisaufnahme; diese hat der Regel nach im Laufe der Verhandlung zu erfolgen, §. 31; veranlaßt aber die Sachlage eine Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlungstagsatzung, so ist eine weitere Tagsatzung anzuordnen, bei welcher die Parteien in der Streitsache weiter verhandeln, auch noch weitere Beweismittel namhaft machen können, und in welcher frühestens der Schluß der Verhandlung ausgesprochen werden darf. Durch den Ausspruch des Richters, daß die Verhandlung geschlossen sei, wird die weitere Geltendmachung von Thatsachen und Beweismitteln ausgeschlossen; dem Richter ist zu beurtheilen überlassen, wann der Rechtsstreit zur Entscheidung reif, also die Verhandlung zu schließen ist, §. 66; Schutz gegen Willkür bietet die Öffentlichkeit und die Nullitätsbeschwerde. Bei einer Theilverhandlung in Folge der vom Richter verfügten Trennung tritt mit dem Schluß der Theilverhandlung die Präklusion weiteren Vorbringens nur dann ein, wenn in Folge derselben die Streitsache selbst erledigt (§. 30), oder der verhandelte Theilanspruch entschieden wird (§. 76); in allen anderen Fällen wird durch den Ausspruch des Schlusses der Theilverhandlung das Zurückgreifen der Partei auf den bereits verhandelten Streitpunkt nicht ausgeschlossen.[1])

Der Richter ist befugt, die Wiedereröffnung der Verhandlung zu verfügen, wenn eine Ergänzung derselben nothwendig erscheint, §. 66. Die wiedereröffnete Verhandlung ist nicht auf jene Ergänzung beschränkt, welche der Richter zu veranlassen nothwendig fand; die Parteien sind vielmehr berechtigt, alles geltend zu machen, was zur Wahrung ihrer Rechte dienlich er-

[1]) Menger: System 384.

Digitized by Google

scheint, selbst wenn sie es früher geltend zu machen in der Lage waren.

VIII. Die Erstreckung der Tagsatzung hat statt:

1. schlechthin über Einverständniß beider Theile;

2. wenn der erschienene dem ausgebliebenen Streittheil den Ungehorsam nachsieht. Berechtigt zu diesen Dispositionen sind auch die Prokuratoren;

3. wenn ein Streittheil aus erheblichen und ausreichend glaubhaft gemachten Gründen um Erstreckung ansucht;

4. von Amtswegen, wenn sich der Verhandlung, oder der Fortführung ein Hinderniß entgegenstellt, insbesondere a) wenn die erschienene Partei nicht befugt erscheint, sich in Ansehung der Streitsache selbst zu vertreten; — b) wenn für den Kläger oder Beklagten eine Person erscheint, deren Berechtigung zur Vertretung der Partei nicht dargethan wird, §. 21. In beiden Fällen hat der Richter die zur Durchführung des Verfahrens erforderlichen Aufträge zu ertheilen, also bei Mangel der Prozeßfähigkeit des Klägers diesen an den gesetzlichen Vertreter zu weisen, bei Mangel der Prozeßfähigkeit des Beklagten dessen Vertreter zu laden, bei Mangel der Prozeßlegitimation die Partei zu laden mit dem Beifügen, daß sie bei Vermeidung der Ungehorsamsfolgen in der neuen Tagsatzung selbst, oder durch einen gehörig legitimirten Vertreter zu verhandeln habe; — c) wenn die Partei oder der bestellte Vertreter einer verständlichen Äußerung über die Streitsache nicht fähig ist; — d) wenn die Entfernung der Partei wegen unangemessenen Betragens beschlossen wurde, §. 22; — e) wenn der Richter einen Bevollmächtigten zur Verhandlung nicht zuzulassen findet, weil er als Winkelschreiber bekannt ist. In den genannten Fällen würde bei Wiedereintritt desselben Hindernisses in der erstreckten Tagsatzung die Kontumazirung Raum haben; — f) wenn die Aufnahme der zulässigen Beweise die Erstreckung fordert.

Wird eine Tagsatzung erstreckt, so hat der Richter die neuerliche Tagsatzung den Parteien wenn thunlich sofort mündlich

Digitized by Google

bekannt zu geben, und hiermit eine schriftliche Verständigung zu ersparen, §. 27.

Die Verhandlung in der erstreckten Tagsatzung ist mit der vorhergehenden Verhandlung ein Ganzes, §. 67. Der Richter hat in der neuerlichen Tagsatzung die wesentlichen Ergebnisse der früheren Verhandlung, welche ihm noch in klarer Erinnerung sind, und ihm allenfalls durch seine eigenhändigen Aufzeichnungen bestätigt werden, mit Bezugnahme auf die Klage, auf die zu den Akten gebrachten Beweisstücke und die protokollarischen Beurkundungen, mit thunlichster Übersichtlichkeit mündlich vorzuführen, die Parteien zur Erklärung darüber aufzufordern auf diesem Wege Lücken zu ergänzen und Zweifel zu berichtigen, und an die also festgestellten Ergebnisse der abgebrochenen Verhandlung die Fortsetzung derselben zu knüpfen, §. 68. Den Parteien steht zu, in der neuen Verhandlung neue Thatsachen und neue Beweismittel vorzubringen, auch ist keine Partei an ihr früheres Vorbringen unabänderlich gebunden. Den Widerruf ausdrücklicher Geständnisse, das Bestreiten früher unbestrittener Umstände hat der Richter nach der Sachlage zu würdigen, §. 33.

Ein solcher Anschluß der neuen an die frühere Verhandlung entfällt, wenn mittlerweile in der Person des Richters ein Wechsel eingetreten ist; er ist aber auch bei Identität aller Prozeßsubjekte nicht schlechthin möglich, weil das Gedächtniß für die Bewahrung der früheren Verhandlung nicht ausreicht, und weil die Ergebnisse derselben durch neues oder geändertes Vorbringen der Parteien vereitelt werden können. Die mündliche Verhandlung hat einen essentiellen Werth nur, soweit ihr die Entscheidung unmittelbar folgt. Deshalb hat der Richter eine Erstreckung der Verhandlung nur nach sorgfältiger Prüfung der Gründe zu bewilligen, — der Partei, welche durch ihr Verschulden die Erstreckung veranlaßt den Ersatz der hierdurch verursachten Kosten aufzulegen, §. 27, — wenn er voraussieht, daß eine Vertagung der Verhandlung nicht zu umgehen ist, sich darauf zu beschränken,

Digitized by Google

den Parteien die zur genügenden Vorbereitung, zur Herbeischaffung der Beweismittel erforderlichen Weisungen zu ertheilen (Ab. IX. der V. v. 5. Juni 1873), — und wenn die Unterbrechung der Verhandlung wegen einer Beweisaufnahme nothwendig wird, die Verhandlung nur soweit zu leiten, als zur Feststellung der Nothwendigkeit und des Umfanges der Beweisführung erforderlich ist.

§. 162.

Der Beweis und die Beweisführung im Allgemeinen.

I. Der Richter hat, soferne nicht etwas Anderes bestimmt ist, unter Berücksichtigung des Ergebnisses der gesammten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurtheilen, ob eine thatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht. Er hat insbesondere in gleicher Weise zu beurtheilen, welche Wirkung der Zurücknahme von Anerkennungen oder Zugeständnissen beizumessen sei, §. 33. Hiermit statuirt das Gesetz:

1. den Grundsatz freier Beweiswürdigung. Der Richter hat ohne Bedachtnahme auf die Beweisregeln der G. O. zu beurtheilen, ob das Ergebniß der Beweisführung ein solches ist, daß er die bezügliche Thatsache mit Beruhigung für wahr halten dürfe oder nicht, und in der Begründung der Entscheidung auf die für die Bildung seiner Überzeugung maßgebenden Momente Bezug zu nehmen. Nur für den Urkundenbeweis sind die Beweisregeln der G. O. beibehalten, §. 36;

2. den Grundsatz der Würdigung des gesammten Vorbringens der Partei im Zusammenhang und nach seinem materiellen Gehalt, ohne Rücksicht auf die formelle Erscheinung. Der Richter hat nach dem Ergebniß der gesammten Verhandlung nicht bloß zu beurtheilen, ob ein geführter Beweis gelungen oder mißlungen sei, sondern auch, ob eine Beweisführung für das Vorbringen einer Partei nothwendig sei; er hat also ohne Rücksicht auf die persönliche Glaubwürdigkeit

Digitized by Google

der Partei, deren Werthschätzung ihm nicht zusteht, zu beurtheilen, ob nach dem Gesammtvorbringen eine Angabe als bestritten oder als gestanden gelte. Der formelle Widerspruch ist nicht Voraussetzung der Beweisbedürftigkeit; er wird wirkungslos, wenn das übrige Vorbringen die Anerkennung der Wahrheit der formell bestrittenen Angabe in sich schließt. Die Anerkennung und das Geständniß sind nicht als absolut feststehende Dispositivakte zu behandeln; sie können durch einen begründeten Widerruf entkräftet werden.

Der Beweis ist Parteisache. Die Beweislast ist im Bag. V. nicht geändert. Nothwendig ist auch hier im Allgemeinen nur der Beweis thatsächlicher Behauptungen; er entfällt, wenn die Thatsachen unerheblich, unbestritten oder unbestreitbar sind. Als unbestreitbar bezeichnet §. 35 Thatsachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind, womit lediglich der lokalen Notorietät Bedeutung gewahrt (s. §. 76), nicht aber der Richter angewiesen werden wollte, bei Parteiangaben, welche nicht von Amtswegen festzustellen sind, auf frühere gerichtliche Verhandlungen Bedacht zu nehmen. Als neues Beweismittel anerkennt das Bag. V. die Abhörung der Parteien als Zeugen an Stelle des Haupt-, Schätzungs- und Erfüllungseides.

II. Bezüglich der Beweisführung ist Folgendes hervorzuheben.

a) Die Beweisanbietung erfolgt rechtzeitig bis zum Schlusse der Verhandlung; die Partei kann mit ihrer Beweisanbietung zuwarten, bis aus der Verhandlung feststeht, was zugestanden, was streitig und was relevant ist; sie kann auch nach erfolgter Beweisaufnahme beliebig mit neuen Beweismitteln hervortreten. Gegen Versäumung der Parteien schützt die Pflicht des Richters, die Parteien zur Bezeichnung der Beweismittel aufzufordern, §. 20; gegen Verschleppung durch verspätetes oder sukzessives Hervortreten mit Beweismitteln schützt die Verpflichtung der Partei zum Ersatz der aus verschuldeter Erstreckung der Tag-

Digitized by Google

satzung erwachsenden Kosten, §. 27. Die Beweisanbietung erfolgt im Zuge der Verhandlung ganz formlos. Es können Beweismittel namhaft gemacht werden für die zu beweisende Thatsache selbst, oder für solche Thatsachen, aus welchen sich durch eine richtige Schlußfolgerung die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache ergibt, §. 34; die Beweisführung durch gemeine Schlußfolgerung (s. §. 77) ist also gesetzlich anerkannt.

b) Der Richter hat im Zuge der Verhandlung, und jedenfalls vor Schluß derselben, zu entscheiden, ob ein Beweis aufzunehmen sei oder nicht. Dabei hat er nicht bloß zu prüfen, ob für relevante und streitige Thatsachen zulässige Beweise angeboten wurden, und ob deren Aufnahme zur Begründung der Überzeugung von der Wahrheit der Behauptung führen kann, sondern sich auch gegenwärtig zu halten: 1. daß er auch ohne Antrag der Parteien einen Augenschein und die Abhörung der Parteien als Zeugen anordnen darf (§§. 52, 53), und 2. daß er einen angebotenen, erheblichen und zulässigen Beweis nicht aufnehmen muß, α) wenn er die Überzeugung gewinnt, daß der Beweis ausschließlich zur Verschleppung angeboten wurde, §. 31, oder β) wenn der Beweis den streitigen Betrag des Schadenersatzes, oder einer anderen Forderung betrifft, und der Richter findet, daß der angebotene Beweis gar nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten erbracht werden kann, in welchem Fall der Betrag des Ersatzes oder der Forderung, mit Umgehung des angebotenen Beweises nach Billigkeit festzusetzen ist, §. 63.

Zugelassen wird der von der Partei angebotene, oder vom Richter anzuordnende Beweis im Laufe der Verhandlung mit Beschluß, welcher einer Begründung nicht bedarf. Bei dem Urkundenbeweis ist ein solcher Beschluß nur dann zu fassen, wenn der Vorlegung der Urkunde in der Verhandlungstagsatzung erhebliche Hindernisse entgegenstehen, daher die Einsicht derselben außerhalb der Tagsatzung, oder vor einem ersuchten Richter vorzunehmen ist. Der Beweisbeschluß ist rein prozeßleitender Natur,

Digitized by Google

da nach der Beweisaufnahme die Verhandlung fortzusetzen ist, §. 31. Im Zuge desselben Instruktionsverfahrens können wiederholt Beschlüsse auf eine Beweisaufnahme gefaßt werden, zunächst weil der Richter zur Abhörung der Parteien als Zeugen nur bei Unzulänglichkeit anderer Beweise schreiten darf, §. 52 — dann weil der Richter nach der Beweisaufnahme erkennen kann, daß Beweis im weiteren Umfange aufzunehmen war — und endlich weil die Partei nach der Beweisaufnahme noch weiteren Beweis anbieten kann.

c) Aufzunehmen hat den Beweis in der Regel der verhandelnde Richter selbst in der zur Verhandlung der Streitsache bestimmten Tagsatzung, §. 31. Wird eine Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlungstagsatzung nothwendig, weil die zu vernehmenden Zeugen nicht vor Gericht geladen werden können, oder weil die Vernehmung der Zeugen an Ort und Stelle zur Ermittlung der Wahrheit dienlich erscheint, oder weil die zu besichtigende Sache nicht in den Gerichtssaal gebracht werden kann, oder weil der Vorlegung der Beweisurkunde in der Verhandlungstagsatzung erhebliche Hindernisse entgegenstehen, so kann mit der Beweisaufnahme ein dazu geeignetes Mitglied des Gerichtes betraut werden; doch soll die Zeit der Beweisaufnahme zur Ersparung schriftlicher Ladung den Parteien wenn thunlich sogleich mit dem Beweisbeschluß bekannt gegeben werden. Ist der Beweis außerhalb des Sprengels des Bagatellgerichtes aufzunehmen, so ist das zuständige Gericht um die Beweisaufnahme zu ersuchen.

Bei der Beweisaufnahme ist von Amtswegen dafür zu sorgen, daß die Thatsachen, welche festzustellen sind, und die Umstände, von welchen die Glaubwürdigkeit der Aussage bedingt ist, vollkommen ins Klare gestellt werden (§§. 45, 46). Es hat daher der Verhandlungsrichter den beauftragten oder ersuchten Richter nicht bloß anzuweisen, bei der Beweisaufnahme nach den Bestimmungen des Bag. V. vorzugehen, sondern ihn auch von der

Digitized by Google

Streitsache insoweit zu informiren, als es für eine erschöpfende Beweisaufnahme nothwendig erscheint. Die Parteien sind berechtigt, der Beweisaufnahme beizuwohnen, doch muß sie der beauftragte oder ersuchte Richter nicht laden, wenn daraus eine Verzögerung der Beweisaufnahme erwachsen würde, §. 32. Das Ausbleiben der geladenen Parteien schließt die Beweisaufnahme nur aus, wenn deren Anwesenheit zur Feststellung des zu besichtigenden Objektes, oder der zu vernehmenden Person nothwendig ist. Wurde die Tagsatzung zur Beweisaufnahme und zugleich zur Verhandlung der Streitsache angeordnet, so hat nach der Beweisaufnahme bei Ausbleiben eines Theiles Kontumazirung Raum; bei Ausbleiben beider Theile aber wird das weitere Verfahren ausgesetzt, und bleibt jeder Partei die Wiederaufnahme desselben durch Gesuch um eine neue Tagsatzung vorbehalten. Den Parteien ist gestattet, durch Fragen an die Zeugen und Sachverständigen, und an die als Zeuge vernommene Partei (§§. 32, 62) auf den Inhalt der Aussage einzuwirken; die Fragen sind durch den Richter, und nur mit dessen Zustimmung unmittelbar zu stellen (§. 26). Auf schriftlich angebrachte Fragen ist in diesem mündlichen Verfahren niemals Bedacht zu nehmen.

Erfolgt die Beweisaufnahme in der Verhandlungstagsatzung, so ist nur das wesentliche Ergebniß im Verhandlungsprotokolle aufzuzeichnen (§§. 48, 50, 52, 62) und nach der Beweisaufnahme die Streitsache selbst thunlichst zu Ende zu verhandeln. Wird der Beweis außerhalb der Verhandlungstagsatzung aufgenommen, so ist darüber ein erschöpfendes Protokoll zu verfassen. Der Bagatellrichter hat die ihm zugekommenen Beweisprotokolle zunächst zu prüfen, und wo nöthig sofort die Vervollständigung der Beweisaufnahme zu verfügen, und sohin Tagsatzung zur weiteren Verhandlung der Streitsache anzuordnen, in welcher zugleich über das Beweisergebniß und die noch nicht erörterten Beweiseinreden zu verhandeln ist, §. 31.

Digitized by Google

§. 163.

Der Beweis durch Urkunden.

I. An die gesetzlichen Bestimmungen, durch welche einer Urkunde die Kraft eines vollen Beweises zuerkannt ist, bleibt der Richter auch im Bag. V. gebunden, §. 36. Freigelassen ist dem Richter die Beurtheilung der Beweiskraft der Auskunftssachen, der Handelsbücher (ar. 34 H. G. B.)[1] der beglaubigten und der einfachen Abschrift der Urkunde, wenn der Beweisführer die Nichtvorlage der Urschrift entsprechend rechtfertigt, §. 37; freigelassen ist ihm die Würdigung eines Gegenbeweises und jener Tatsachen, welche zur Entkräftung der Beweiskraft der Urkunden vorgebracht werden, gleichviel ob sie Mängel der Urkunde selbst, oder ihrer Errichtung, oder andere Umstände betreffen, §. 36.

II. Die Partei hat jene Urkunden, auf welche sie sich beruft, im Zuge der Verhandlung dem Richter vorzulegen, §. 37; die Mittheilung von Abschriften vor der Verhandlung an den Gegner dient lediglich zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung. Stehen der Vorlegung der Urkunde in der Verhandlungstagsatzung erhebliche Hindernisse entgegen, so hat der Prozeßrichter anzuordnen, daß die Vorlegung außerhalb der Verhandlungstagsatzung, oder vor einem ersuchten Richter erfolge, §. 31. Befinden sich die für die Beweisführung erheblichen Urkunden in der Verwahrung einer öffentlichen Behörde, so hat die Partei den Richter zur Beschaffung der Urkunden zu veranlassen, §. 39.

Die vorliegenden Urkunden hat der Richter einzusehen, der Gegenpartei vorzuweisen, und diese zur Erklärung über dieselben aufzufordern, §. 37. Die Folge der Verweigerung der Erklärung über die Echtheit und Glaubwürdigkeit der Urkunde ist nach dem Gesammtergebnisse der Verhandlung zu bestimmen (§. 33). Da im Bag. V. eine Inrotulirung der Akten nicht statt hat, ist

[1] Randa: Obchodní právo 93.

Digitized by Google

die Urkunde nach genommener Einsicht zurückzustellen, wenn die Belassung bei Gericht nicht für den Echtheitsbeweis nothwendig ist.

Der Beweis der Echtheit einer Privaturkunde kann durch eidliche Abhörung der Parteien als Zeugen, er kann durch Zeugen, und zwar auch durch solche Zeugen, welche die Handschrift des Ausstellers kennen, und nun wiedererkennen sollen (**recognitio documenti per testes**), er kann durch Vergleichung der Handschriften erbracht werden. Mangelt es an Schriften zur Vergleichung, so kann jener Partei, deren Handschrift streitig ist, aufgetragen werden, vor dem Richter ein Diktat niederzuschreiben, wobei der Richter zu beurtheilen hat, welchen Einfluß auf den Beweis die Verweigerung des Gehorsams, oder eine offenbare Entstellung der Schrift nehme. Die Schriftenvergleichung hat der Richter so wie im Summ. V. in der Regel selbst, in zweifelhaften Fällen unter Beiziehung von Sachverständigen vorzunehmen, §. 51.

III. Befinden sich die Urkunden, mit welchen eine Partei Beweis führen will, in den Händen eines Dritten, so muß sich die Partei dieselben wie sonst allenfalls im Prozeßwege beschaffen (s. §. 105). Behauptet aber der Beweisführer, daß sich eine für die Beweisführung erhebliche Urkunde (briefliche Urkunde oder Auskunftssache) im Besitze der Gegenpartei befinde, so kann er unter möglichst genauer Bezeichnung der Urkunde und unter Bestimmung jener Behauptung, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, im Laufe der Verhandlung ansuchen, der Richter wolle der Gegenpartei die Vorlegung der Urkunde auftragen. Widersetzt sich diese dem Auftrag, a) weil sie die Berechtigung des Beweisführers, die Vorlegung der Urkunde zu verlangen, bestreitet, so hat der Richter zu entscheiden, ob die Verweigerung der Vorlegung der Urkunde gerechtfertigt ist. Nicht gerechtfertigt ist die Verweigerung der Vorlegung, wenn der Beweisführer seinen Anspruch zivilrechtlich begründet hat; nicht gerechtfertigt ist die Verweigerung der Vorlegung auch dann,

Digitized by Google

wenn sie lediglich darauf abzielt, der Partei den Beweis tendenziös zu erschweren. — Widersetzt sich die Gegenpartei dem Auftrag, b) indem sie den Besitz der Urkunde leugnet, so kann der Richter zur Ermittlung der Wahrheit dieser Angabe, sowie zur Erhebung des Umstandes, ob die Urkunde nicht absichtlich, d. h. um sie dem Beweisführer zu entziehen, beseitigt oder zur Benützung untauglich gemacht worden ist, die eidliche Vernehmung dieser Partei als Zeuge anordnen. Diese eidliche Vernehmung ist ein Ersatz des Editionseides, sie ist, wie dieser Eid, von einem Antrag des Beweisführers bedingt, welchem jedoch nicht schlechthin stattgegeben werden muß; sie ist eine streng einseitige Vernehmung. — Es kann endlich auch c) der Probat dem Auftrag, die Urkunde vorzulegen, oder bezüglich derselben eidliche Auskunft zu geben, einfach nicht nachkommen, wobei es dem durch sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten richterlichen Ermessen zu bestimmen überlassen ist, ob die Verweigerung der Vorlage oder der eidlichen Aussage es rechtfertigt, die Angaben des Probanten über den Inhalt der Urkunde als erwiesen anzusehen. Das richterliche Ermessen bestimmt auch, welche Rechtsfolgen anzunehmen seien, wenn aus der eidlichen Aussage des Probaten hervorgeht, daß die Urkunde absichtlich beseitigt oder untauglich gemacht worden ist, §. 38.

§. 164.

Der Beweis durch Zeugen.

I. Die Bestimmungen der G. O. über die Verwerflichkeit und Bedenklichkeit von Zeugen haben im Bag. V. keine Geltung: der Richter hat alle Umstände, welche auf die Unbefangenheit des Zeugen und die Glaubwürdigkeit seiner Aussage von Einfluß sind, nach freier Überzeugung sorgfältig zu würdigen, §. 41. Das Bag. V. theilt die Zeugen lediglich in zulässige und unzulässige.

Digitized by Google

Als unzulässige Zeugen sind von Amtswegen auszuschließen: 1. Personen, welche zur Mittheilung ihrer Wahrnehmung unfähig sind, oder welche zu jener Zeit, auf welche sich ihre Aussage beziehen soll, zur Wahrnehmung der zu beweisenden Thatsache unfähig waren; 2. Geistliche in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte mitgetheilt worden ist; 3. Staatsbeamte, wenn sie durch ihre Aussage das ihnen obliegende Amtsgeheimniß verletzen würden, insofern sie dieser Pflicht nicht durch ihre Vorgesetzten entbunden sind, §. 41.

Zulässigen Zeugen ist im Bag. V. ein Exkusationsrecht zugestanden. Es darf nach §. 42 die Aussage verweigert werden a) über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen, seinem Ehegatten, oder einer Person, mit welcher er in gerader Linie, oder in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade verwandt oder verschwägert, oder mit welcher er durch Adoption verbunden ist, zur Schande gereichen, oder die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung zuziehen würde; — b) über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer der oben bezeichneten Personen unmittelbar vermögensrechtlichen Nachtheil zuziehen würde. Über Rechtsgeschäfte jedoch, bei welchen der Zeuge als Urkundsperson beigezogen worden ist, und über Handlungen, welche er in Betreff des streitigen Rechtsgeschäftes als Rechtsvorgänger, als Bürge oder Vertreter einer der Parteien vorgenommen hat, darf das Zeugniß aus diesem Grunde nicht verweigert werden;[1]) — c) in Bezug auf Thatsachen, über welche der Zeuge nicht würde aussagen können, ohne die ihm berufsmäßig obliegende Pflicht zur Verschwiegenheit zu verletzen, insoferne er dieser Pflicht nicht gesetzmäßig entbunden worden ist. Es ist hiermit ein Exkusationsrecht zugestanden den Advokaten und Notaren, den Ärzten und

[1]) Diese Beschränkung der Verweigerung der Aussage gilt nicht, wenn die Vertreter einer Gesammtpersönlichkeit (§. 64 Ab. 3), und wenn Prozeßbevollmächtigte als Zeugen geführt werden, §. 64.

Digitized by Google

Hebammen, den in Gewerbsunternehmungen Angestellten, und den Seelensorgern aller Konfessionen, soweit ihnen der Beruf Verschwiegenheit auferlegt. Der Richter ist nicht verpflichtet, die Zeugen auf das Recht zur Verweigerung der Aussage aufmerksam zu machen; er ist nicht berechtigt, Zeugen, welche sich in keiner Zwangslage fühlen, über dieses Recht zu belehren.

Zulässige Zeugen sind unter Eid abzuhören; die exkusationsberechtigten Zeugen sind zum Eide zu verhalten, wenn sie sich der Aussage nicht entschlagen haben. Eine Aussage ohne Eid hat statt a) wenn beide Parteien auf die Beeidigung verzichten; b) bei Zeugen, welche wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurtheilt worden sind, oder welche zur Zeit ihrer Abhörung das vierzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, §. 43, aber sich doch in einem Alter befinden, welches sie zur Wahrnehmung und Mittheilung fähig erscheinen läßt, §. 41 Z. 1. Der Verzicht der Parteien auf den Eid erscheint als Anerkennung der Glaubwürdigkeit des Zeugen, daher ist die unbeeidete der beschworenen Aussage gleichwerthig; der gesetzliche Ausschluß des Eides veranlaßt den Richter, den Werth der Aussage besonders zu prüfen. Jede Zeugenaussage, also auch die ohne Eid, untersteht strafrechtlicher Sanktion.

Die Beweisregel des §. 137 (211) G. O. gilt im Bag. V. nicht; der Richter hat nach der Qualität der Zeugen und der Art der Aussage zu entscheiden, ob ein Zeugenbeweis hergestellt ist oder nicht, §. 33. Nach der allgemeinen Anschauung kann eine verläßliche Überzeugung nur durch übereinstimmende Aussage mehrer Zeugen begründet werden, doch steht nichts entgegen, auch der Aussage eines Zeugen vollen Glauben beizumessen.

II. Anzubieten ist der Zeugenbeweis im Zuge der mündlichen Verhandlung, durch Benennung der Zeugen und Bezeichnung der Thatsachen, über welche sie gehört werden sollen. Im Zuge der Verhandlung hat der Richter die Aufnahme des Zeugen-

Digitized by Google

beweises mit Zurückweisung der unzulässigen Zeugen zu beschließen, und zu bestimmen, ob die Vernehmung in der Verhandlungstagsatzung, oder außerhalb derselben, oder von einem ersuchten Gericht erfolgen werde, §. 40. Die Abhörung erfolgt in der Regel nach vorausgegangener Meineidserinnerung und Beeidigung, soweit nicht gesetzlich der Eid durch Unterschrift oder Handschlag ersetzt wird; doch sind vorher an den Zeugen diejenigen Fragen zu richten, welche für die Beurtheilung der Zulässigkeit seiner Abhörung (§. 41) oder seiner Beeidigung (§. 43) von Bedeutung sind, §. 44. Da der Zeugenbeweis schon im Laufe des Verfahrens zuzulassen, und die Zulässigkeit der Zeugen nur unerheblich beschränkt ist, also die Besorgniß Raum hat, daß Personen zur Zeugenschaft berufen werden, deren Aussage unerheblich oder wenig glaubwürdig ist, kann der Richter zur Aufklärung über die persönlichen Verhältnisse des Zeugen und über den Umstand, ob er eine für die Ermittlung des Sachverhaltes dienliche Aussage abzulegen vermag, eine vorläufige Befragung desselben vornehmen, und sohin nach Anhörung der Parteien beschließen, daß die Abhörung des Zeugen zu unterbleiben, oder daß die Entscheidung über die Beeidigung erst nach erfolgter Abhörung zu erfolgen habe. Im letzteren Falle ist der Zeuge vor der Abhörung an die Pflicht zur Angabe der Wahrheit, an die strafrechtlichen Folgen seiner falschen Aussage, und an die Bedeutung des vorbehaltenen Eides zu erinnern, §. 45. Als Sonderheit des Bag. V. erscheint (nach der für das ordentliche nnd summarische Verfahren durch die Pr. N. vollzogene Reform), daß der Zeuge zunächst durch geeignete Fragen zu einer zusammenhängenden Darstellung der relevanten Umstände zu veranlassen ist, §. 46, — daß Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, auf Antrag oder von Amtswegen einander gegenüber gestellt werden können, §. 47, — und daß bei Vernehmung der Zeugen in der Verhandlungstagsatzung nur der wesentliche Inhalt der Aussage im Verhandlungsprotokolle aufzuzeichnen ist.

Digitized by Google

Über die Fortsetzung der Verhandlung nach Aufnahme des Zeugenbeweises s. §. 162.

§. 165.

Der Beweis durch Sachverständige und durch Augenschein.

I. Den Beweis durch Sachverständige kann der Richter, wenn er nothwendig wird, über Antrag, nicht auch von Amtswegen (§§. 20, 52), im Zuge der Verhandlung beschließen. Über die Zahl der zu bestellenden Sachverständigen sind die Parteien einzuvernehmen; es genügt in der Regel ein Sachverständiger; mehre Sachverständige können bestellt werden, wenn es die Schwierigkeit oder die Bedeutung der Sache fordert, oder wenn es beide Parteien verlangen, §. 49. Erfolgt die Beweisaufnahme bei dem Prozeßgericht, so sind die Parteien zugleich über die als Sachverständige zu berufenden Personen zu vernehmen; doch stehen ihnen Einwendungen gegen die bestellten Sachverständigen auch nach der Beweisaufnahme zu, §. 67. Ist ein Gericht um die Beweisaufnahme zu ersuchen, so ist diesem die Bestellung der vom Prozeßrichter bestimmten Zahl der Sachverständigen vorbehalten; das ersuchte Gericht hat die Parteien zur Auswahl der Sachverständigen nicht zu laden, zumal sie auch nicht nothwendig von der Beweisaufnahme verständigt werden müssen, §. 32, und begründeter Einwendung hiermit nicht präjudizirt wird. — Für die Beweisaufnahme haben die Bestimmungen über den Zeugenbeweis sinngemäße Anwendung zu finden, §. 50; sie ist übrigens von der Beweisaufnahme im ordentlichen Verfahren nicht wesentlich verschieden.

II. Für den Augenschein entschließt sich der Richter von Amtswegen oder über Antrag der Parteien. Es ist nicht entsprechend, Instruktions- und Beweisaugenschein zu unterscheiden, weil weder in der Zeit, noch in der Art der Aufnahme, noch in der Veranlassung dazu, oder im Effekt ein Unterschied besteht. Die Aufnahme des Augenscheines ist im Zuge der Verhand-

Digitized by Google

lung zu beschließen, und dabei zugleich zu bestimmen, ob ein oder mehre Sachverständige beigezogen werden sollen. Der Augenschein wird nach Zulaß der Verhältnisse bei Gericht in der Verhandlungstagsatzung, oder außerhalb derselben, wenn nöthig durch einen beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommen. Handelt es sich um die Besichtigung eines beweglichen, im Besitz des Probaten befindlichen Gegenstandes, so ist der Auftrag zur Edition zu erlassen, §. 38; befindet sich der Gegenstand in Verwahrung einer öffentlichen Behörde, so hat ihn der Richter zu beschaffen, §. 39.

§. 166.

Der Beweis durch Abhörung der Parteien als Zeugen.*)

I. Die Bedenken, welche dem Parteieid an sich, und insbesondere in der Gestaltung, welche er nach der G. O. angenommen hat, entgegenstehen, gaben Anlaß, den Haupt-, Schätzungs- und Erfüllungseid im Bag. V. auszuschließen, und an deren Stelle die eidliche Abhörung der Parteien als Zeugen zuzulassen. Der Richter entscheidet demnach im Bag. V. niemals bedingt von einem Eid; den Parteien ist jedoch vorbehalten, einen von der Ablegung eines Eides bedingten Vergleich abzuschließen, §. 65.

Das Parteizeugniß ist wie der Eid *für den Richter* subsidiär; es ist die Vernehmung der Parteien als Zeugen erst dann anzuordnen, wenn der Beweis durch die *von den Parteien* sonst angebotenen Beweismittel nicht hergestellt ist, daher das Parteizeugniß auch den vom Probaten angebotenen Beweisen weicht. Das Parteizeugniß ist also für den Richter die letzte Quelle der Wahrheitsermittlung, die er sich über *Antrag*, aber auch *von Amtswegen* erschließt, §. 53. — Eine Ausnahme begründet §. 63; er schließt die Abhörung der Parteien über den *Betrag einer Forderung aus*; er gestattet dem Richter, zur Feststellung

*) *Glaser*: Beiträge zur Reform, 169. *Ott*: O přiseżném seznání stran. *Wach*: Vorträge 162.

Digitized by Google

des streitigen Betrages einer Forderung die Abhörung der Parteien als Zeugen auch mit Übergehung eines etwa angebotenen Beweises zu verfügen. — Nicht gefordert ist, daß die abzuhörenden Parteien von den festzustellenden Thatsachen aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung Wissenschaft haben; es genügt die Wissenschaft von Umständen, welche die Überzeugung der Partei von der Wahrheit der prozessualischen Behauptung begründen, §§. 34, 63.

II. Als Parteizeugniß erscheint die Aussage der Prozeßpartei also jener Person, deren Recht im Prozesse in Frage steht. Das Zeugniß eines Streitgenossen ist Parteizeugniß für ihn allein; es wird aber, wenn es überhaupt den Richter zu überzeugen geeignet ist, den Streitgenossen als Zeugenaussage zu statten kommen. Die Aussage des Vertretungsleisters ist wie die Parteiaussage zu behandeln. Prozeßbevollmächtigte können nur als Zeugen gehört werden. Wird der Rechtsstreit von dem gesetzlichen Vertreter eines Pflegebefohlenen (Vater, Vormund, Kurator) geführt, so bleibt es dem Ermessen des Richters überlassen, die Abhörung des gesetzlichen Vertreters, oder des Pflegebefohlenen, oder die Abhörung Beider zu verfügen.

Die Bestimmungen über den Beweis durch Abhörung der Parteien als Zeugen haben auch Geltung für Rechtsstreitigkeiten einer **Vermögensmasse**; es ist der Vertreter der Masse als Partei zu behandeln. In Rechtsstreitigkeiten einer Konkursmasse kann jedoch der Richter nicht bloß die eidliche Abhörung des Massevertalters, sondern auch die eidliche Abhörung des Gemeinschuldners, oder die Abhörung Beider anordnen, §. 64.

Keine Geltung haben die Bestimmungen über Parteizeugniß in Rechtsstreitigkeiten einer Gesammtpersönlichkeit (einer Gemeinde, eines Vereines, einer Gesellschaft, einer Genossenschaft u. drgl.) für diese Gesammtpersönlichkeit. Die Vertreter der Gesammtpersönlichkeit können, wie andere Mitglieder

Digitized by Google

und die Beamten derselben nur als Zeugen gehört werden; ihre Aussage berechtigt die Gegenpartei nicht, die Zulassung zum Parteizeugnisse zu verlangen.[1]) — Den Vertretern einer Gesammtpersönlichkeit (nicht auch den Mitgliedern und Beamten derselben), und den Prozeßbevollmächtigten der Streitpartei ist gestattet, die Aussage über Fragen, deren Beantwortung ihnen oder ihren Verwandten unmittelbar vermögensrechtlichen Nachtheil zuziehen würde, auch dann zu verweigern, wenn eigene Handlungen des Vertreters in Frage stehen. Diese Verweigerung der Aussage erscheint nach §. 64 gerechtfertigt, aber nicht immer begründet, daher der Richter unter sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu beurtheilen hat, welchen Einfluß eine solche Verweigerung auf die Entscheidung der Sache habe.

Ausgeschlossen ist die Abhörung der Partei im dargestellten Sinne, wenn sie als Zeuge von Amtswegen auszuschließen wäre (§. 41), oder wegen Unzulänglichkeit des Alters, oder vorausgegangener strafrechtlicher Verurtheilung vom Zeugeneide ausgeschlossen (§. 43) erscheint, §. 54. Der als Zeuge aufgerufenen Partei steht gesetzlich das Exkusationsrecht des §. 42 Z. 1 zu; die Verweigerung der Aussage aus den im §. 42 Z. 2 und 3 genannten Gründen ist an sich nicht gerechtfertigt, aber nicht nothwendig unbegründet; der Richter hat zu beurtheilen, ob eine Thatsache bei so motivirter Verweigerung der Aussage für wahr bez. nicht für wahr zu halten, oder ob zur eidlichen Abhörung der Gegenpartei zu schreiten sei.

[1]) Die Scheidung der Rechtsstreitigkeiten in solche einer Vermögensmasse und solche einer Gesammtpersönlichkeit erfolgte aus der Rücksicht, weil Vermögensmassen in der Regel einen mit der gesammten Geschäftsführung befaßten und vertrauten Vertreter haben, bei Gesammtpersönlichkeiten aber ein solcher Vertreter fehlt, und die Repräsentanten häufig von den im Prozesse erheblichen Thatsachen keine Wissenschaft haben. Der Theilungsgrund erscheint hinfällig, wenn eine Vermögensmasse von einer Gesammtpersönlichkeit verwaltet wird; es finden in diesem Falle die für Gesammtpersönlichkeit gegebenen Bestimmungen Anwendung.

Digitized by Google

III. Über die Reihenfolge, in welcher die Parteien als Zeugen abzuhören sind, gilt Folgendes:

1. **Zuerst** ist in der Regel die Abhörung jener Partei als Zeuge anzuordnen, welcher der Beweis über die streitige Thatsache obliegt, §. 55.

Von dieser Regel kann der Richter abgehen, also den Gegner der beweispflichtigen Partei zuerst zur Aussage aufrufen, wenn dies von den Parteien übereinstimmend beantragt wird, oder wenn es sonst zur Ermittlung der Wahrheit förderlich erscheint, §. 55, also insbesondere dann, wenn gegen die Glaubwürdigkeit des Gegners der beweispflichtigen Partei keine Bedenken vorliegen und er die entscheidenden Thatsachen selbst wahrgenommen hat.

Die Regel entfällt: a) wenn die beweispflichtige Partei vom Zeugniß ausgeschlossen ist; — b) wenn der Richter die Überzeugung gewonnen hat, daß die beweispflichtige Partei von der streitigen Thatsache keine Kenntniß haben kann; — c) wenn die beweispflichtige Partei unter Berufung auf §. 42 Z. 1 die Aussage ablehnt. In solchen Fällen hat der Richter unter sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu beurtheilen, ob das Parteizeugniß ganz auszuschließen, oder ob die Gegenpartei zur eidlichen Aussage zu verpflichten sei, §. 57. Verpflichten wird der Richter die Gegenpartei zur Aussage nur dann, wenn der hier vorliegende Ausfall der Gegenprobe für die Ermittlung der Wahrheit unerheblich erscheint.

2. Wenn die zuerst zur Abhörung als Zeuge herangezogene Partei (die beweispflichtige Partei oder deren Gegner) die Aussage verweigert, oder wenn durch deren Aussage keine hinlängliche Gewißheit über die zu beweisende Thatsache hergestellt wird, kann der Richter die Abhörung des von der Zeugenschaft nicht ausgeschlossenen Gegners über dessen Verlangen und selbst von Amtswegen verfügen, §. 56, Ab. 2. — Im Falle der Verweigerung der Aussage wird der Richter

Digitized by Google

von dieser Gestattung nur Gebrauch machen, wenn er nach der Lage der Umstände nicht schon durch die Ablehnung der Aussage zur Wahrnahme der streitigen Thatsache bestimmt wird, also insbesondere, wenn die Verweigerung der Aussage zureichend begründet wird.

3. **Nach der Abhörung** der Partei ist der Gegner derselben zu verlangen **berechtigt**, nun auch zur Abhörung als Zeuge zugelassen zu werden, §. 56, Ab. 1. Der Richter muß diesem Ansuchen stattgeben, wenn die Abhörung dieser Partei nicht gesetzlich ausgeschlossen ist. Es ist also auch bei dem Beweis durch Abhörung der Parteien als Zeugen der Grundsatz, **audiatur et altera pars**, zur Geltung gebracht; die Zulassung der Gegenaussage soll dafür Bürgschaft geben, daß die zunächst zur Aussage herangezogene Partei trotz ihrem obwaltenden Interesse der Wahrheit Zeugniß geben werde. — Ist der Gegner der abgehörten Partei von der Abhörung ausgeschlossen, so entfällt die vom Gesetz in Aussicht genommene Gegenprobe; doch ist dieser Umstand für den Beschluß über die Zulassung der Partei zur eidlichen Abhörung nicht entscheidend, sondern dem Richter zu beurtheilen vorbehalten, ob und welchen Einfluß der Ausfall der Gegenprobe auf die Bewerthung der Aussage nehme.

Die Zulassung beider Streittheile zur Zeugenaussage erschien unbedenklich, weil jede Partei nur aufgefordert wird, über das auszusagen, was ihr bekannt ist, und wie es ihr bekannt geworden ist, und die Aussage durch Fragen des Richters und der Gegenpartei ergänzt, erläutert und berichtigt werden kann, daher nicht zu besorgen ist, daß sich die Parteiaussagen als reine Gegensätze gegenüber stellen werden, deren Lösung nur durch den Strafrichter möglich wäre.[2]) Dazu kommt, daß der Richter der eidlichen Abhörung der Parteien eine vorläufige Vernehmung vorausstellen (§. 60), und nach dem Ergebniß derselben den

[2]) Glaser: Beiträge 171.

Digitized by Google

früher gefaßten Beschluß auf Abhörung abändern kann, §. 85 — und daß in allen Fällen, in welchen der Gegner der zuerst zur Aussage herangezogenen Partei zur Abhörung als Zeuge zugelassen wird (§. 56), der Richter sich vorbehalten kann, über dessen Beeidigung erst nach erfolgter Abhörung Beschluß zu fassen, und daß er diese Beeidigung unterlassen kann, wenn sich die abgelegte Aussage als ganz unwahrscheinlich darstellt, §. 61.

Von dem Zeugnisse dritter Personen unterscheidet sich das Parteizeugniß wesentlich dadurch, daß die strafgesetzlichen Bestimmungen über die Anbietung zum falschen Zeugnisse auf Erklärungen oder Aussagen der Partei, welche ihrer eidlichen Abhörung als Zeuge vorausgegangen sind, keine Anwendung finden, §. 58, und daß Zwangsmaßregeln, um eine Partei zum Erscheinen vor Gericht als Zeuge oder zur Ablegung der Aussage zu verhalten, ausgeschlossen sind, §. 62.

Das Parteizeugniß unterliegt in jeder Beziehung der freien Beurtheilung des Richters; er hat unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurtheilen, welchen Einfluß es auf die Herstellung des Beweises habe, wenn die Partei ohne genügende Gründe die eidliche Abhörung, oder die Beantwortung einzelner Fragen ablehnt, oder wenn die zur Abhörung geladene Partei nicht erscheint, §. 62; er hat nach freier Überzeugung zu entscheiden, welches Gewicht der Aussage der Partei als Zeuge zukomme, und ob bei widersprechenden Aussagen der Aussage einer Partei entscheidende Bedeutung beizumessen sei. Abzuwägen sind die Aussagen nach ihrem objektiven Werthe, nicht aber nach subjektiven Momenten, weil die freie Beweiswürdigung auf eine freie Beurtheilung des Ergebnisses der gesammten Verhandlung und Beweisführung, nicht auf eine subjektive Werthschätzung der Parteien ausläuft, §. 33.

IV. Die Abhörung der Parteien als Zeugen erfolgt über Beschluß des Richters, welcher in der Verhandlungstagsatzung zu verkünden ist, und in welchem die Partei, welche gehört werden soll,

Digitized by Google

und die Thatsachen, auf welche sich die Abhörung beziehen soll, zu bestimmen sind.

Die Abhörung hat der Regel nach der Prozeßrichter in der Verhandlungstagsatzung vorzunehmen; er kann, wenn die zu vernehmende Partei anwesend ist, sofort nach Verkündigung des Beschlusses dazu schreiten; ist die zu vernehmende Person nicht anwesend, so hat er deren Vorladung unter Mittheilung der Thatsachen, über welche die Abhörung stattfinden soll, zu verfügen, also die Ladung nicht dem Prozeßbevollmächtigten der Partei zu überlassen.

Die zum Zeugenverhör aufgerufene Partei kann der Richter zur Aufklärung des Sachverhaltes einer vorläufigen Vernehmung unterwerfen, welche frei von strafrechtlicher Sanktion ist, und sich auch auf jene Fragen erstreckt, welche die Gegenpartei zur Aufklärung des Sachverhaltes zu stellen Anlaß findet, §. 60. — Die Abhörung der Partei als Zeuge erfolgt unter Eid, §. 61. Auf den Eid kann wohl die Gegenpartei verzichten. Der Richter hat nach Abschluß der vorläufigen Vernehmung der Partei unter Hinweisung auf die strafrechtlichen Folgen ausdrücklich anzukündigen, daß sie nunmehr in der Eigenschaft eines Zeugen auszusagen haben werde, §. 60. Die Vernehmung erfolgt nach den für das Zeugenverhör gegebenen Vorschriften. Zwangsmaßregeln in Betreff des Erscheinens vor Gericht und der Aussage sind ausgeschlossen, weil die prozessualischen Nachtheile zur Ueberwindung des Ungehorsams der Parteien ausreichen, §. 62.

Bei Ausbleiben der zum Zeugnisse aufgerufenen Partei, bei Verweigerung oder Unzulänglichkeit der Aussage hat der Verhandlungsrichter zu erwägen, ob er die Abhörung des Gegners verfügen soll, §. 56, Abs. 2. — Hat die Partei als Zeuge eine erhebliche Aussage gemacht, so kann nun die Gegenpartei die Zulassung zur Zeugenschaft verlangen, und diesem Verlangen muß der Richter stattgeben, wenn diese Gegenpartei von der Abhörung nicht ausgeschlossen ist, §. 56, Abs. 1; doch kann der Richter die

Digitized by Google

Beeidigung dieser Gegenpartei bis zum Abschluß der Abhörung verschieben, und die Beeidigung auch unterlassen, wenn sich die abgelegte Aussage als ganz unwahrscheinlich darstellt, §. 61, und wohl auch, wenn sie unerheblich erscheint.

Die Regel, daß die Partei als Zeuge in der Verhandlungstagsatzung zu vernehmen ist, erleidet eine Ausnahme da, wo eine Zeugenaussage nicht vor Gericht abzulegen ist. — Die Abhörung der Partei als Zeuge durch einen ersuchten Richter ist zugelassen, wenn das Erscheinen der Partei wegen größerer Entfernung ihres Aufenthaltes mit besonderer Beschwerde verbunden ist, §. 59. Die Gegenpartei ist aber auch in diesen Fällen wenn thunlich von der für die Abhörung angesetzten Zeit zu verständigen, §. 32. Nach Einlangen des außerhalb der Verhandlungstagsatzung aufgenommenen Verhörsprotokolles bez. der Anzeige, daß die zur Aussage aufgerufene Partei nicht erschienen ist, oder Rede verweigert hat, hat der Richter die Fortsetzung der Verhandlung einzuleiten.

§. 167.

Die Entscheidung.

I. Mit Urtheil ist nur die Streitsache zu entscheiden. Diese Entscheidung ergeht nach Schluß der mündlichen Verhandlung, welchen der Richter auszusprechen hat, sobald er die Streitsache spruchreif erkennt. Ein Versehen bei dem Schlusse der Verhandlung kann durch Wiedereröffnung derselben sanirt werden, §. 66. Eine Verzeichnung der Akten bei Schluß der Verhandlung erfolgt selbstverständlich nicht; die schriftliche bez. protokollarische Klage und die Beweisprotokolle bilden eine Beilage des Verhandlungsprotokolles; Grundlage der Entscheidung ist die mündliche Verhandlung, welche der Richter in sich aufzunehmen hat, ohne sich auf schriftliche Aufzeichnungen verlassen zu dürfen.

Um das richterliche Gedächtniß zu entlasten, die Wiederholung der Verhandlung bereits erschöpfend erörterter Streitpunkte zu

Digitized by Google

vermeiden und die Rechtshilfe zu beschleunigen, ist entsprechend der Trennung der Verhandlung auch eine Trennung im Spruche zugelassen. Dem Richter ist gestattet, ein Theilurtheil zu erlassen, wenn ein Theil des einzigen Klageanspruches durch ausdrückliche Anerkennung außer Streit gestellt ist, oder wenn von mehren in derselben Klage, wenn auch von mehren Klägern oder gegen mehre Beklagte gestellten Ansprüchen einzelne zur Entscheidung reif sind, in Ansehung anderer Ansprüche aber die Erstreckung der Tagsatzung zur Fortsetzung der Verhandlung nothwendig erscheint. Im Theilurtheile hat der Richter, wenn er nicht in der Lage ist, zugleich über die Nebengebühren oder Gerichtskosten, welche auf die erledigten Ansprüche entfallen, zu entscheiden, auszusprechen, inwieweit die Entscheidung darüber dem weiteren Urtheil vorbehalten bleibt, §. 76. Das Theilurtheil ist regelmäßig die Folge der Trennung der Verhandlung; es ist aber durch diese Trennung nicht geboten, und auch nicht bedingt.

Entgegengesetzt ist auch dem Richter vorbehalten, mehre mit selbstständiger Klage geltend gemachte Ansprüche durch ein gemeinsames Urtheil zu entscheiden, doch nur, wenn diese Ansprüche von demselben Kläger gegen denselben Beklagten geltend gemacht wurden, die Verhandlung über diese verschiedenen Streitsachen verbunden, und diese Verbindung bis zum Schlusse der Verhandlung aufrecht erhalten wurde, §. 24.

Für die Entscheidung folgt aus der Verhandlungsmaxime, daß der Richter dem Urtheile nur den in der mündlichen Verhandlung entwickelten Thatbestand zu Grunde legen darf, und aus dem Dispositionsprinzip, daß der Richter niemals über das Begehren der Parteien hinausgehen darf. Das gilt auch von den Nebengebühren, es gilt insbesondere auch von den Prozeßkosten, welche am Schlusse der Verhandlung zu liquidiren sind (§§. 74, 27). Die Bestimmung des §. 74 über Kostenausgleich oder Kostenzuspruch bei theilweisem Obsiegen ist durch §. 25 Pr. N. zu allgemeiner Geltung gelangt.

Digitized by Google

In dem Urtheile ist die Frist zur Leistung der auferlegten Verbindlichkeit zu bestimmen, und zwar auch in Handelssachen auf acht Tage, wenn es sich aber um Verrichtung einer Arbeit oder eines anderen Geschäftes handelt, auf eine den Umständen angemessene Zeit, §. 75.

II. Ueber die Verkündigung, Abfassung und Zustellung des Urtheiles gilt Folgendes.

Das Urtheil ist sammt den Entscheidungsgründen mündlich zu verkündigen, und zwar regelmäßig sofort nach Schluß der mündlichen Verhandlung. Nur aus sehr wichtigen Gründen kann vom Richter zur Verkündigung des Urtheiles eine besondere Tagsatzung anberaumt werden, welche jedoch nicht über eine Woche hinaus anzuordnen, und den Parteien sofort bekannt zu geben ist, §. 71. Es soll durch diese Bekanntgabe des Kundmachungstermines eine schriftliche Ladung der Parteien erspart werden; eine solche hat wohl auch nicht zu erfolgen, wenn eine Partei bei dem Schlusse der Verhandlung nicht anwesend war, weil ja auch bei einer Ladung zweifelhaft bleibt, ob eine Zustellung des schriftlichen Urtheiles (§. 73) erspart werden wird. Die mündliche Verkündigung hat zu erfolgen, auch wenn die Parteien sich entfernt haben, oder von der zur Verkündigung angeordneten Tagsatzung ausgeblieben sind, weil bei einem öffentlichen Verfahren auch das Publikum an dem Spruch und der Begründung ein Interesse hat. Eine Belehrung über das Rechtsmittel gegen das Urtheil ist nicht vorgeschrieben.

Das Urtheil ist auch schriftlich abzufassen; es soll selbstverständlich die schriftliche Ausfertigung mit dem kundgemachten Urtheil übereinstimmen. Die schriftliche Ausfertigung dient solange als Beweis über den Inhalt des Urtheiles, bis ein anderer Inhalt des mündlichen Ausspruches bewiesen ist.[1]) Gesichert ist volle Harmonie der Kundmachung und schriftlichen Ausferti-

[1]) Menger: System 393.

Digitized by Google

gung, wenn das Urtheil zur Zeit der Publikation schon schriftlich abgefaßt ist. Um die Verkündigung des Urtheiles nicht zu verzögern, und die Konkordanz nicht zu gefährden, begnügt sich der §. 71 bei der unmittelbar auf den Schluß der Verhandlung folgenden Kundmachung mit der Mittheilung der wesentlichen Entscheidungsgründe, so daß der volle Inhalt der Entscheidungsgründe nur im angesetzten Publikationstermin bekannt zu geben ist.

Das Urtheil begreift 1. die Entscheidung der Streitsache; 2. den Spruch über die Kosten, §. 74, bei Theilurtheil den Ausspruch, wie weit die Entscheidung über die Nebengebühren dem weiteren Urtheil vorbehalten bleibt; 3. für den Fall einer Kondemnation die Bestimmung der Leistungsfrist, §. 75; 4. die Entscheidungsgründe, in welche eine gedrängte Darstellung des Sachverhaltes aufzunehmen ist, §. 72, weil der Sachverhalt nicht aktenmäßig vorliegt.

Die schriftliche Ausfertigung des Urtheiles sammt Entscheidungsgründen hat längstens binnen acht Tagen nach Schluß der Verhandlung, also binnen der Zeit, auf welche die Kundmachung des Urtheiles ausgesetzt werden kann, zu erfolgen, und ist dem Verhandlungsprotokoll beizuschließen; sie kann, wie dieses Protokoll, jederzeit von den Parteien eingesehen werden, §. 77. In dem Eingang des schriftlichen Urtheiles ist der Name des Richters, welcher das Urtheil gefällt hat, anzuführen; dieser hat auch die Urtheilsausfertigung zu unterschreiben.

Die mündliche Verkündigung des Urtheiles wirkt wie sonst die Zustellung desselben, wenn beide Theile bei der Verkündigung anwesend waren; es läuft also von da ab die achttägige Frist zur Leistung, §. 75, und zur Nullitätsbeschwerde, §. 79. Die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung erfolgt bei solcher Verkündigung des Spruches nur über Verlangen der Partei, und nur an jene Partei, welche es verlangt; dieses Verlangen verschiebt nicht die Leistungsfrist, weil das Urtheil dem

Digitized by Google

Exekutionsgesuche nicht beizulegen ist, §. 87; dagegen ist die Zeit von dem Tage des Ansuchens um Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung des Urtheiles bis zu dem Tage der Zustellung derselben in die achttägige Frist zur Nullitätsbeschwerde nicht einzurechnen, wenn die Zustellung der schriftlichen Ausfertigung in der offenen Beschwerdefrist angesucht wurde, §. 79.

Ist bei der Verkündigung des Urtheiles keine Partei, oder nur eine Partei anwesend, so ist eine schriftliche Ausfertigung beiden Theilen von Amtswegen zuzustellen, §. 73, und beginnt die Wirkung des Urtheiles nicht schon mit der Verkündigung, sondern erst mit der Zustellung, §§. 75, 79, u. zw. auch für jenen Theil, welcher bei der Verkündigung anwesend war.

III. Ein Versäumungsurtheil ist zu erlassen, wenn bei der Verhandlungstagsatzung ein Theil ausbleibt oder nicht verhandelt, und der erschienene Theil dem Gegner das Ausbleiben nicht nachsieht, sondern die Kontumazbehandlung verlangt.

Erscheint der Kläger allein, so hat er, um den Richter für die Entscheidung zu informiren, die Klage mündlich vorzutragen. Die zur Begründung des Klagebegehrens angeführten Thatsachen sind, soferne sie durch die dem Richter vorliegenden Beweismittel nicht widerlegt werden, wegen Abganges der Bestreitung für wahr zu halten, §. 28. Eine im mündlichen Vortrag vollzogene Klageänderung schließt die Kontumazirung des Beklagten aus, weil für die nun vorliegende Klage Verhandlung nicht angeordnet ist; eine mündliche Begründung der Klage mit Thatsachen, welche in der schriftlichen oder protokollarischen Klage nicht angeführt waren, steht der Ungehorsamsbehandlung nicht im Wege.

Erscheint der Beklagte allein, so hat er sich über die ihm vom Richter vorzuhaltende schriftliche oder protokollarische Klage mündlich zu erklären; thatsächliches Vorbringen zur Abwehr der Klage ist bei der Entscheidung für wahr zu halten, soweit es durch die dem Richter vorliegenden Beweismittel nicht widerlegt erscheint, §. 28.

Digitized by Google

Auf schriftliche Aufsätze, welche die ausgebliebene Partei etwa eingesendet hat, ist kein Bedacht zu nehmen, gleichviel ob der Kläger oder Beklagte einen solchen Aufsatz anbringt. Das gilt nicht von einem dem Beklagten noch vor der Tagsatzung zugestellten Klagenachtrag, und nicht von einem Gesuch um Erstreckung der Tagsatzung.

Wird die erste Tagsatzung erstreckt, so hat der Richter in der erstreckten Tagsatzung die Verhandlung nicht schlechthin von Neuem zu beginnen, sondern an die wesentlichen Ergebnisse der früheren Verhandlung anzuschließen, also auch im Falle einseitigen Ausbleibens der Partei, gestützt auf die schriftliche Klage, die protokollarischen Beurkundungen, welche im Falle der Verlegung der Tagsatzung auf gewisse Parteierklärungen sich erstrecken dürfen (§. 77), auf die zu den Akten gebrachten Beweisstücke, die wesentlichen Ergebnisse der früheren Verhandlung, welche ihm noch in klarer Erinnerung sind, und ihm allenfalls durch eigenhändige, zur Unterstützung seines Gedächtnisses gemachte Aufzeichnungen bestätigt werden, mit thunlichster Übersicht mündlich vorzuführen, und so dem früheren Vorbringen der nun ausgebliebenen Partei Geltung zu wahren, §. 68. Der erschienenen Partei ist übrigens völlig freie Bewegung gelassen, sie ist auch an ihr früheres Vorbringen nicht unabänderlich gebunden.

Dieses Mittel, einer abgebrochenen früheren Verhandlung Geltung zu wahren, erscheint nicht in allen Fällen anwendbar und ausreichend. Bei einem Wechsel in der Person des Richters behält nur Geltung, was in der schriftlichen Klage, oder zu Protokoll festgestellt ist; die Aufzeichnungen des früheren Richters haben für den neuen Richter keine Bedeutung; sie dienen übrigens demselben Richter nur zur Unterstützung des Gedächtnisses, entscheidend sind nicht diese Notizen, sondern nur die klare Erinnerung des Richters; ist diese geschwunden, so verlieren die eigenhändigen Aufzeichnungen des Richters allen Werth.

Digitized by Google

Die Kontumazbehandlung hat nur Bedeutung, wenn ihr sofort der Schluß der Verhandlung und das Urtheil folgt. Findet aber der Richter in der bisher gepflogenen Verhandlung Anlaß zur Anordnung einer Beweisaufnahme, und muß deswegen die Tagsatzung erstreckt werden, so kann die ausgebliebene Partei in der zur Beweisaufnahme und sohin zur Verhandlung bestimmten Tagsatzung sich so benehmen, wie wenn sie niemals ausgeblieben wäre; es steht ihr frei, beliebig neue Behauptungen aufzustellen, neue Beweismittel zu produziren, weil die Verhandlung bis zum Schlusse ein Ganzes ist, und alles bis dahin Vorgebrachte als rechtzeitig vorgebracht gilt, §. 67.

Für den Fall der Streitgenossenschaft ist das Hfkzd. v. 4. September 1801 Nr. 535 zur Anwendung zu bringen. Jene Streitgenossen, welche nicht insbesondere Rede und Antwort geben, werden mit jenem einverstanden erachtet, welcher der Erste benannt ist und über die Klage Antwort gibt. Hat jedoch der Richter eine Trennung der Verhandlung für die einzelnen Streitgenossen angeordnet (§. 24), so ist das Verhalten des einzelnen Streitgenossen bei der getrennten Verhandlung entscheidend.

IV. Mit Urtheil ist nur die Streitsache zu entscheiden; jede andere Verfügung und Entscheidung des Bagatellrichters vor Beginn oder im Laufe der mündlichen Verhandlung ist **Beschluß**; dessen schriftliche Ausfertigung ist **Bescheid**.

Alle Beschlüsse, welche über eine schriftliche oder protokolarische Eingabe der Parteien zu fassen sind, werden nothwendig in der Form des Bescheides ausgefertigt und den Parteien zugestellt; sie haben sohin erst von der Zustellung Wirkung.

Anders steht es mit den im Laufe der mündlichen Verhandlung gefaßten Beschlüssen. Diese sind 1. regelmäßig prozeßleitender Natur; — 2. ausnahmsweise solche, durch welche die Streitsache vom Bagatellrichter erledigt wird. Es ist nämlich der Richter angewiesen, das Verfahren mittelst Bescheides einzustellen, wenn sich aus der Verhandlung die Unzulässigkeit des

Digitized by Google

Bagatellverfahrens, oder eine durch Präklusion der Inkompetenzeinrede nicht beseitigte Unzuständigkeit ergibt, §. 30; – 3. solche, aus welchen den Parteien unmittelbar Rechte erwachsen, das sind Beschlüsse, mit welchen der Richter einer Partei wegen eines Verschuldens, oder eines auf ihrer Seite eingetretenen Zufalles den Ersatz bestimmter Prozeßkosten auflegt (§§. 27, 29).

Die im Laufe der mündlichen Verhandlung gefaßten Beschlüsse sind wie Urtheile mündlich zu verkündigen, §. 69, und in das Verhandlungsprotokoll einzutragen, §. 77. Die Verkündigung begründet die Wirkungen der Zustellung, wenn die Zustellung eines Bescheides nicht vorgeschrieben ist, §. 69. Eine Zustellung hat zu erfolgen: a) an beide Parteien, auch wenn sie bei der Verkündigung anwesend waren, wenn der Beschluß zum sofortigen Rekurse berechtigt, §. 84, oder wenn auf Grund des Bescheides sofortige Exekutionsführung zusteht, was der Fall ist, wenn der Partei Kostenersatz auferlegt wird (§§. 27, 29); b) an Parteien, welche bei der Verkündigung nicht anwesend waren, sofern es die Leitung des Verfahrens erfordert, §. 69. Wo die Zustellung zu erfolgen hat, begründet erst die Zustellung, nicht schon die Verkündigung des Beschlusses die Wirkungen desselben; es läuft von da ab die Frist zum Rekurse, und die Leistungsfrist, für deren Bemessung §. 75 maßgebend ist. Ein Beschluß, welcher nicht zuzustellen ist, bedarf keiner schriftlichen Ausfertigung. Der schriftlichen Ausfertigung eines Beschlusses sind nach Bedarf die Beweggründe beizufügen.

§. 168.

Die Rechtsmittel.

I. Die Urtheilsausfertigung unterliegt der Berichtigung bei Schreibfehlern, §. 83, worunter auch Versehen in Zahlen, in weiterer Richtung auch Rechnungsfehler zu begreifen sind. Die Berichtigung ist anzusuchen. Über das Berichtigungsgesuch hat der Richter beide Theile bei einer Tagsatzung zu hören, und sohin die Berichtigung vorzunehmen, u. zw. wenn nothwendig zunächst

Digitized by Google

in dem bei Gericht erliegenden Urtheilskonzepte, und sohin in allen ertheilten Ausfertigungen, welche zu diesem Zwecke abgefordert werden. Einem begründeten Antrag auf Berichtigung muß stattgegeben werden, auch wenn der Gegner in der Tagsatzung nicht erscheint, und die ihm zugestellte Ausfertigung nicht vorlegt. Zwangsweise Abnahme der zugestellten Ausfertigung zum Zwecke der Berichtigung ist ausgeschlossen und auch nicht nothwendig, weil für die Bewilligung der Exekution das Urtheilskonzept maßgebend ist (§. 87). Die Kosten des Berichtigungsverfahrens fallen dem schuldtragenden Beamten zur Last.

II. Die Urtheile des Bagatellrichters sind inappellabel: sie unterliegen aber der Nullitätsbeschwerde, wenn sie den Bestimmungen des Gesetzes über das Bag. V. zuwider zu Stande gekommen sind. Die Nullitätsgründe zählt der §. 78 taxativ auf. Es können Urtheile mit der Nullitätsbeschwerde angefochten werden:

1. weil das Bagatellverfahren nicht zulässig war, sei es, weil sich die Rechtssache überhaupt nicht zum gerichtlichen Verfahren eignet, oder weil sie nach den allgemeinen Jurisdiktionsbestimmungen nicht zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte gehört, oder weil sie ihrer Beschaffenheit (§. 4) oder ihrem Betrage nach (§§. 1 und 5) sich zum Bag. V. nicht eignet;

2. weil das Urtheil von einem nicht zuständigen Gerichte gefällt wurde, soweit der Fehler nicht durch Präklusion der Inkompetenzeinrede behoben erscheint (§. 48 J. N.);

3. weil das Urtheil von einem Richter gefällt wurde, welcher zum Richteramte im Bag. V. nicht berufen war (§. 8), oder welcher nicht die ganze Streitverhandlung geleitet hat (§. 70), oder nach den bestehenden Gesetzen (§§. 52 fol. Ger. J.) verpflichtet war, sich wegen Befangenheit der richterlichen Amtshandlung in Streitsachen zu enthalten;

4. weil ungerechtfertigter Weise die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde;

Digitized by Google

5. weil eine Person verhandelt hat, welche hierzu gesetzlich nicht befähigt oder nicht berechtigt war (Mangel der Prozeßfähigkeit, oder der Prozeßlegitimation);

6. weil einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch ungesetzlichen Vorgang entzogen wurde, — sei es durch ungenügende Ladung, oder durch unbegründete Kontumazbehandlung, oder durch vorzeitigen Schluß der Verhandlung, oder durch Nichtzulassung zur Parteizeugenschaft;

7. weil in der „Hauptsache" über den Antrag einer Partei hinaus erkannt wurde. — Ein Verstoß gegen einen Prozeßgrundsatz liegt auch vor, wenn Nebengebühren oder Prozeßkosten ohne entsprechenden Antrag zuerkannt werden; es ist also „Hauptsache" nicht im Gegensatz von „Nebengebühr", sondern im Gegensatz zu den anderen als Nullitätsgründe bezeichneten Fällen der Verletzung wesentlicher Bestimmungen über das Verfahren aufzufassen.

Berechtigt zur Nullitätsbeschwerde ist jene Partei, welche durch den ungesetzlichen Vorgang beschwert erscheint. Der gesetzliche Vertreter eines Nichteigenberechtigten, welcher über die Grenzen des §. 10 selbstständig auftrat, ist zweifellos berechtigt, die Kassation des Urtheiles zu veranlassen (§. 78 Z. 5), u. zw. da die Bestimmungen über die Nullitätsbeschwerde auf diesen Fall offenbar nicht anwendbar erscheinen, in der Zeit und Form wie im ordentlichen Verfahren (s. §. 37 und §. 122).

Für die Nullitätsbeschwerde läuft eine nicht verlängerbare Fallfrist ipso jure von 8 Tagen von der Wirksamkeit des Urtheiles, in welche dann, wenn das Urtheil in Anwesenheit beider Theile verkündigt wurde, also die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung nur über Ansuchen erfolgt, die Zeit von den innerhalb der Nullitätsfrist angebrachten Ansuchen um Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung bis zur Zustellung derselben nicht eingerechnet wird, §. 79. — Die Beschwerde kann mündlich oder schriftlich, jedoch nur bei der ersten Instanz erhoben

Digitized by Google

werden. Wird sie mündlich erhoben, so sind für das Benehmen des Richters die für die Aufnahme der Klage gegebenen Vorschriften maßgebend insbesondere in der Richtung, daß der Richter die Aufnahme der Beschwerde nicht verweigern darf, wenn sich die Partei durch die mündliche Belehrung von der Unstatthaftigkeit oder von der Unzulänglichkeit der Begründung nicht überzeugen läßt. Die schriftliche Beschwerde unterliegt dem Anwaltszwange, §. 79; wird sie dem Gerichte erster Instanz durch die Post übermittelt, so sind die Tage des Postenlaufes in die achttägige Frist nicht einzurechnen, §. 11. — Der erste Richter darf die Nullitätsbeschwerde nicht zurückweisen, §. 80, auch nicht wegen äußerer Mängel zur Verbesserung zurückstellen, §. 81, sondern hat sie sammt den Prozeßakten und dem Verhandlungsprotokolle mittelst Berichtes der Nullitätsinstanz, nämlich dem Oberlandesgerichte vorzulegen, §. 81. In dem Berichte wird der Richter über den geltend gemachten Nullitätsgrund sich zu äußern Anlaß nehmen. Ist die erste Instanz mit der Vorlegung der Beschwerde säumig, so kann die Partei bei der höheren Instanz Abhilfe suchen (§. 4 M. V. v. 28. August 1860 R. 205), auch ist die gleichzeitige Vorlage einer Abschrift der Beschwerde bei der Nullitätsinstanz nicht ausgeschlossen.

Das Oberlandesgericht hat im Wege des gewöhnlichen Referatverfahrens die Beschwerde zu prüfen, sie bei Verspätung sofort abzuweisen, bei formellen Mängeln (bei Abgang rechtsfreundlicher Fertigung, bei Gebrauch nicht gerichtsüblicher Sprache) unter Festsetzung einer Frist zur Wiedervorlage zur Verbesserung zurückzustellen, und wenn eine Zurückweisung nicht geboten ist, in die Prüfung des Verfahrens einzugehen, §. 81. Dabei ist das O. L. G. an den von der Partei geltend gemachten Nichtigkeitsgrund nicht gebunden, sondern hat, wie auch sonst, die gesetzlichen Nichtigkeitsgründe von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Entscheidung des O. L. G. erfolgt, wenn die Berichtsvorlagen eine erschöpfende Information

Digitized by Google

bieten, sofort, — sonst nach Durchführung der von ihm eingeleiteten Erhebungen, §. 81. Es kann nämlich das O. L. G. die Einvernehmung des Richters, der Parteien und dritter Personen veranlassen; die Einvernehmung des Richters wird schriftlich, jene der Parteien und Dritter regelmäßig zu Protokoll erfolgen, wozu ein geeigneter Richter erster Instanz zu bestellen ist.

Der Spruch des O. L. G. hat sich auf die Entscheidung über die Richtigkeit zu beschränken; eine Änderung des Urtheiles ist ausgeschlossen. Wird das Urtheil kassirt, so sind nach Maßgabe des Falles die zur Einleitung des gesetzlichen Verfahrens vor dem zuständigen Richter erforderlichen Anordnungen zu treffen, und wenn ein Anlaß zur Delegation vorliegt, ist diese sofort zu verfügen, §. 81. In Ansehung des Kostenersatzes gelten die allgemeinen Vorschriften (s. §. 122).

Gegen die Entscheidung des O. L. G. findet kein Rechtsmittel statt, §. 81. Das gilt in Bezug auf die Verhandlung über die Nullitätsbeschwerde; der Rekurs des Richters gegen die Auflage des Ersatzes ist nicht ausgeschlossen.

Die Nullitätsbeschwerde hemmt die Exekution des Urtheiles nicht, §. 82; doch ist der Richter erster Instanz und auch das O. L. G., letzteres insbesondere, wenn es wegen Erhebungen nicht sofort zur Entscheidung schreiten kann, berechtigt, bei Gefahr eines schwer zu ersetzenden Nachtheiles auf Antrag zu verfügen, daß nur die Exekution zur Sicherstellung zugelassen werden soll.

Die Bestimmungen über Berichtigung und Nullitätsbeschwerde gelten auch für Theilurtheile.

III. Die im Bag. V. erlassenen Bescheide, gefaßten Beschlüsse und getroffenen Verfügungen können im Allgemeinen mit Rekurs nicht angefochten werden, wohl aber ist der Bagatellrichter selbst berechtigt, Beschlüsse und Verfügungen abzuändern, u. zw. entweder von Amtswegen, oder über Vorstellung der Betheiligten, d. s. die Parteien und

Digitized by Google

deren Bevollmächtigte, aber auch Zeugen, Sachverständige und Dritte, wenn sie von der Disziplinargewalt des Richters getroffen werden.

Gebunden ist der Bagatellrichter a) an den Beschluß, mit welchem er einer Partei den Ersatz der Kosten einer von ihr verschuldeten Erstreckung der Tagsatzung auferlegt hat, §. 27; b) an jene Beschlüsse und Bescheide, gegen welche ausnahmsweise Rekurs zugelassen ist.

Zugelassen ist Rekurs gegen Beschlüsse, durch welche die Einleitung des Bag. V. verweigert, oder das eingeleitete Verfahren eingestellt wurde, und gegen Bescheide, durch welche das Gesuch um Rechtfertigung des Ausbleibens, oder das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Frist zur Erhebung eines Rechtsmittels (Nichtigkeitsbeschwerde, Rekurs, Restitution) abgewiesen wurde, §. 84.

Der Rekurs ist binnen der unerstreckbaren Frist von acht Tagen, gerechnet vom Zeitpunkte der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung (§. 69), mündlich oder schriftlich anzubringen. Der schriftliche Rekurs bedarf rechtsfreundlicher Fertigung; er gilt, wenn er durch die Post eingeschickt wird, als rechtzeitig angebracht, wenn die Sendung am letzten Tage der Rekursfrist der Post übergeben wurde, §. 11. Im Übrigen sind die allgemeinen Vorschriften über das gerichtliche Verfahren in Streitsachen zu beobachten, §. 88, also verspätete Rekurse vom ersten Richter zurückzuweisen, und außerordentliche Rekurse zuzulassen.[1])

IV. Die Restitution wegen schlechter rechtsfreundlicher Vertretung, das Neuerungsverfahren im Zuge der Verhandlung, die Verhandlung über die Zulassung weiterer Zeugen, und die

[1]) Der G. O. H. hat a. o. Rekurs ausgeschlossen gegen den Bescheid, mit welchem die Einleitung des Bag. V. verweigert wurde (G. U. 7755) und allgemein ausgesprochen (G. U. 6578), daß gegen Entscheidungen des O. L. G. im Bag. V. weiterer Rechtszug unzulässig sei.

Digitized by Google

probatio pro evitando perjurio sind durch die Ordnung des Bag. V. ausgeschlossen. Zugelassen ist:

1. Die Restitution bei Versäumung einer Tagsatzung. Die Bestimmungen des §. 29 entsprechen den §§. 19 und 20 Summ. V. (s. §. 141); abweichend ist, daß auch bei gerichtlicher Bewilligung des Gesuches sogleich die Hauptsache verhandelt werden kann, wenn die Verkündigung des Beschlusses in Anwesenheit beider Parteien erfolgt, weil der so verkündigte Beschluß sofort wirksam ist (§. 69), und daß ein nach der Verkündigung des Urtheiles eingebrachtes Rechtfertigungsgesuch die Exekution desselben nicht mehr hindert, wenn auch die Verkündigung in Abwesenheit der Parteien erfolgt ist; doch ist der Richter in diesem Falle berechtigt, über Antrag im Rechtfertigungsgesuche den Zwang auf eine Exekution zur Sicherstellung einzuschränken, wenn der Partei aus der fortgesetzten Exekution unersetzlicher Schade droht, §. 29. Der Beschluß, mit welchem das Ansuchen um Rechtfertigung des Ausbleibens abgewiesen wird, unterliegt dem Rekurse, §. 84; der Beschluß, mit welchem dem Gesuchsteller der Ersatz aller dem Gegner erwachsenen Kosten auferlegt wird (§. 29), unterliegt nicht dem Rekurse, kann aber über Vorstellung vom Bagatellrichter abgeändert werden (§. 85).

2. Die Wiedereinsetzung bei Versäumung der Frist zum Rechtsmittel. Derselben ist lediglich im §. 84 gedacht, und da dort nichts weiteres bestimmt ist, sind die allgemeinen Vorschriften über das gerichtliche Streitverfahren zu beobachten.

3. Die Wiedereinsetzung wegen aufgefundener neuer Beweismittel. Über diese bestimmt §. 86, daß die Verhandlung über die Wiedereinsetzung (wie im Wechsel-V., s. §. 152) mit der Verhandlung der Hauptsache zu verbinden, und über beide mittelst desselben Urtheiles zu entscheiden sei, daher in der Wiederaufnahmsklage zugleich das Begehren in der Hauptsache zu stellen ist. Die Restitutionsklage ist nach den Bestimmungen des Gesetzes über Bag. V. zu verhandeln und zu entscheiden,

Digitized by Google

daher das ergangene Urtheil auch nur der Nullitätsbeschwerde unterliegt. Diese Wiedereinsetzung dient auch zur Ausführung solcher Beweise, deren Aufnahme der Richter in Gemäßheit des §. 31 verweigert hat, wenn die Partei darzuthun vermag, daß die der Verweigerung zu Grunde gelegte Voraussetzung nicht zutreffend ist, §. 86.

§. 169.

IX. Das Mahnverfahren.*)

I. Dem täglichen Verkehr entwächst eine beträchtliche Zahl von Rechtsverhältnissen, welche lediglich deshalb vor Gericht gebracht werden, weil der Schuldner aus Saumseligkeit oder Mangel bereiter Zahlungsmittel die unbestrittene Forderung nicht begleicht. Für solche Forderungen erscheint der Weg der Klage und des Urtheiles zur Erzielung eines exequirbaren Schuldtitels zu umständlich und kostspielig. Um nun einfache Sachen auch einfach abzuthun, und zugleich die Gerichte zu entlasten, wurde nach dem Muster fremder Gesetzgebung[1]) im Gesetze vom 27. April 1873 R. 67[2]) ein gerichtliches Mahnverfahren vorgezeichnet, in welchem subsidiär die Bestimmungen des Gesetzes über das summarische Verfahren zur Anwendung kommen sollen.[3])

**) Ott: O řízení upomínacím. — Senft in der Ger. Z. 1873 Nr. 17 und 18. Nr. 33–37. — Jurist. Bl. 1875 Nr. 12 und 14. — Kaserer: Das Gesetz mit Materialien.

[1]) Gesetz, die Anordnung eines Mahnverfahrens für geringe Schuldsachen betreffend, für Hannover vom 27. Juli 1852. — Entw. einer deutsch Z. P. O. §§. 496–508. — Z. P. O. für Bayern Art. 553–568. — Z. P. O. für Baden §§. 638–643. Vergl. nun auch die Z. P. O. für das deutsche Reich §§. 628–643.

[2]) Erlassen ist das Gesetz für die im Reichsrathe vertretenen Länder mit Ausschluß von Galizien, der Bukowina und Dalmatien.

[3]) Die Instruktion über die Durchführung des Gesetzes über das Mahnverfahren enthält der J. M. E. vom 6. Juni 1873 Z. 6699.

Digitized by Google

Der Gläubiger kann gegen seinen Schuldner ohne Nachweis des Bestandes der Forderung die Erlassung eines Zahlungsbefehles ansuchen, welcher, wenn der Schuldner rechtzeitig Widerspruch erhebt, wirkungslos wird, andernfalls aber in Rechtskraft erwächst und binnen sechs Monaten nach der Zustellung exequirt werden kann. Es ist sofort ersichtlich, daß es sich dabei keineswegs um eine Nachbildung des Mandatsprozesses handelt. Das Mahnverfahren erscheint als ein nicht streitiges Verfahren, welches dazu dient, eine nicht bestrittene Forderung gerichtlich exequirbar zu gestalten. Da der Schuldner den Zahlungsbefehl durch Widerspruch ohne Begründung entkräften kann, ist es Sache des Gläubigers, zu erwägen, ob er nach der Art der Forderung und Beschaffenheit des Schuldners darauf rechnen kann, mit dieser eindringlichen Mahnung auszureichen. Schutz gegen muthwilligen Widerspruch bietet nur die Verpflichtung des Schuldners, wenn er im Rechtsstreit auf Zahlung sachfällig wird, auch die Kosten des vorausgegangenen, durch den Widerspruch vereitelten Mahnverfahrens zu ersetzen.

II. Gegenstand des Mahnverfahrens sind Forderungen, ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund, sofern sie nicht exekutionsfähig festgestellt sind. Die Forderung muß: a) gegen den persönlichen Schuldner geltend gemacht werden; gleichgiltig ist, ob dieser eine physische Person, oder eine juristische Person, oder ein Verein, eine Gesellschaft, insbesondere eine Handelsgesellschaft, eine Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft oder eine Gewerkschaft ist; — b) eine Geldsumme, welche ohne Einrechnung von Zinsen und Nebengebühren 200 fl. nicht übersteigt,[4]) oder vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, für welche der Gläubiger einen 200 fl. nicht übersteigenden Betrag

[4]) Für die Berechnung gelten die Bestimmungen der §§. 1—4 des Summ. Verfahrens (s. §. 21 und §. 138).

Digitized by Google

anzunehmen sich ausdrücklich erbietet.[5]) Dieses Anerbieten hat alternative Ausfertigung des Zahlungsbefehles zur Folge (§. 6), und berechtigt den Schuldner, sich von der zwangsweisen Beitreibung der vertretbaren Sachen durch Leistung des Schätzungsbetrages sammt Nebengebühren zu befreien (§. 15); — c) die Forderung muß sich überhaupt und derzeit schon zur Geltendmachung bei Gericht eignen, §. 1; es bleiben also ausgeschlossen Forderungen, welche schlechthin, oder für eine gewisse Zeit (Dienststreitigkeiten) den Verwaltungsbehörden, oder welche gesetzlich einem Schiedsgerichte (Börsestreitigkeiten) vorbehalten sind, nicht minder Forderungen, welche nicht klagbar, oder nach den Angaben des Gläubigers noch nicht fällig erscheinen; — d) die Forderung darf durch eine Gegenleistung nicht bedingt sein, §. 5.

Forderungen aus Wechseln eignen sich zum Mahnverfahren nicht, §. 1,[6]) wohl aber Forderungen aus Handelsgeschäften, See- und Bergsachen, und auch Forderungen aus dem Bestandvertrage.[7])

Ausgeschlossen ist die Erlassung des sogenannten bedingten Zahlungsbefehles (§. 3):

1. wenn der Schuldner der Gerichtsbarkeit des Oberstthofmarschallamtes untersteht. Die Unterstellung des Schuldners unter einen Gerichtshof (§. 14 lit. b und c, und §. 42 der J. N.) schließt den Zahlungsbefehl nicht aus;

---

[5]) Forderungen, die ihrem Betrage nach nicht bestimmt sind, sondern nur durch streitiges Verfahren bestimmt werden können (§. 1152 b. G. B., Ersatzbeträge), sind daher kein Gegenstand des Mahnverfahrens.

[6]) Die Frage nach der Unterbrechung der Wechselverjährung durch Zustellung des Mahnbefehles (Bolze, im Archiv f. z. P. 68: 1) ist daher unpraktisch.

[7]) Allerdings muß bei Forderungen aus Immobilarbestandverträgen die Kompetenz des Gerichtes durch den Wohnsitz und zugleich nach der V. v. 16. Nov. 1858 N. 213 durch die Lage des Bestandobjektes begründet sein, G. U. 6020.

Digitized by Google

2. wenn des Schuldners Aufenthalt unbekannt ist, weil der für den abwesenden Schuldner zu bestellende Kurator bei Abgang des Beweises für die Forderung nothwendig Widerspruch erheben müßte;

3. gegen Personen, an welche die Zustellung des Zahlungsbefehles außerhalb des Sprengels des Gerichtshofes, in welchem das zur Erlassung des Zahlungsbefehles zuständige Bezirksgericht seinen Sitz hat, erfolgen müßte, — weil der Schuldner, welcher sich entfernt von seinem Wohnsitz aufhält, unbegründete Ansprüche nicht leicht abwehren könnte.

Für Konkursansprüche ist die Art der Geltendmachung in der Kon. O. vorgezeichnet, also Mahnbefehl ausgeschlossen. Steht der Schuldner in Pflegschaft, so ist der Mahnbefehl an den gesetzlichen Vertreter zu erlassen; an Minderjährige kann ein Zahlungsbefehl ergehen in Bagatellsachen, soweit sie für dieselben prozeßfähig erscheinen.

III. Zuständig ist zur Erlassung des Zahlungsbefehles ausschließlich das (städt.-deleg.) Bezirksgericht, u. zw. jenes, in dessen Sprengel der Schuldner seinen ordentlichen Wohnsitz hat, §. 2. Dieses Bezirksgericht ist auch zuständig, wenn der Schuldner der Gerichtsbarkeit eines Gerichtshofes untersteht, oder die Forderung zur Kompetenz der Handels-, See- und Berggerichte gehört. Insoweit die Mahnung erfolgt von oder gegen den Vorsteher des Bezirksgerichtes, haben die Bestimmungen über die Ausschließung des Richters Anwendung zu finden.[8]) Das Bezirksgericht des Wohnsitzes des Schuldners wurde ausschließlich zum Mahnverfahren berufen, weil nur dessen Zuständigkeit sofort prima facie, ohne alles Eingehen auf besondere Umstände des einzelnen Rechtsgeschäftes, erkennbar ist, und es mit Rücksicht auf die Kürze der Widerspruchsfrist unbillig wäre, den Schuldner zu nöthigen, seine Erklärung vor einem vielleicht weit entfernten Gericht abzugeben. Jeder besondere Gerichtsstand für die Rechts-

[8]) Anders Ott a. a. O. 16; er schließt die Erwirkung des Mahnbefehles gegen Bezirksrichter und Präsidenten der Kollegialgerichte aus.

Digitized by Google

sache fällt bei dem Mahnbefehl außer Betrachtung, also auch der besondere Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (§. 41 J. N.), daher kann gegen mehre Schuldner zugleich ein Mahnbefehl nur erwirkt werden, wenn sie sämmtlich im Sprengel desselben Bezirksgerichtes wohnen.[9]) — Eine Ausnahme von dieser Kompetenzbestimmung macht §. 20; es kann in Handelssachen, welche sich zum Mahn- und Bagatellverfahren eignen, das Handelsbagatellgericht (in Wien, Triest und Prag) einen bedingten Zahlungsbefehl erlassen, wenn er in einer Klage angesucht wird; doch muß auch in diesem Falle das Gericht aus dem Domizil kompetent sein, und der gemahnte Schuldner im Sprengel des Gerichtshofes sich aufhalten (§§. 2 und 3).

IV. In dem Gesuche um Zahlungsbefehl hat der Gläubiger seinen und des Schuldners Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort zu bezeichnen, und den Betrag der Forderung und den Rechtsgrund derselben (d. h. jene Thatsache, aus welcher die Forderung entstanden ist) anzugeben, und wenn die Forderung vertretbare Sachen zum Gegenstande hat, den Schätzungsbetrag zu nennen, §. 4. Ein Beweis oder eine Bescheinigung der Forderung ist unerheblich.

Das Gesuch kann mündlich (zu Protokoll) oder schriftlich (in einfacher Ausfertigung, §. 17) angebracht werden. Gestattet ist objektive Häufung, nämlich die Geltendmachung mehrer Forderungen desselben Gläubigers wider denselben Schuldner, ohne Rücksicht auf einen thatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhang, doch dürfen die Forderungen, von den Nebengebühren abgesehen, zusammen den Betrag von 200 fl. nicht übersteigen, §. 4. — Gestattet ist auch subjektive Häufung; es kann der Gläubiger in demselben Gesuche Zahlungsbefehl gegen mehre Schuldner ansuchen, §. 7, u. zw. nicht bloß, wenn derselbe Anspruch (§. 9), sondern auch wenn ganz verschiedene Ansprüche gegen die

[9]) Anders Ott a. a. O. 16.

Digitized by Google

mehren Schuldner erhoben werden, doch darf auch in diesem Falle die Summe der Forderungen den Betrag von 200 fl. nicht übersteigen, weil nicht verschiedene Zahlungsbefehle zu erlassen sind, — und es müssen für jeden Schuldner die Voraussetzungen der Mahnung durch dieses Gericht gegeben sein.

V. Das Gesuch ist ohne Vorverhandlung nach gerichtlicher Prüfung zu erledigen. Findet der Richter die Rechtssache zum Mahnverfahren nicht geeignet (§. 1), oder die Erlassung des Mahnbefehles gegen den Schuldner durch §. 3 ausgeschlossen; — erkennt er aus den Angaben des Gläubigers, daß die Forderung nicht fällig (§. 1) oder durch eine Gegenleistung bedingt ist (§. 5); — erkennt er sich als unzuständig (§. 3); — fehlt es dem Gesuche an dem geforderten Inhalt (§. 4),[10]) — so hat er den Zahlungsbefehl zu verweigern, also den Antrag mit Begründung zurückzuweisen, und davon (unter Zurückhaltung des Gesuches, §. 17) den Gläubiger allein zu verständigen. Ergeben sich keine Anstände, so ist — unter Zurückhaltung des Antrages — der Zahlungsbefehl zu erlassen.

Der Zahlungsbefehl enthält: 1. Die Aufschrift: Zahlungsbefehl: — 2. des Gläubigers und des Schuldners Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort; — 3. den Betrag der Forderung und den Rechtsgrund derselben; — 4. den Auftrag an den Schuldner, binnen 14 Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehles zur Vermeidung der Exekution die Forderung sammt den geforderten Zinsen, und den angesprochenen und eventuell gemäßigten Kosten des Zahlungsbefehles zu berichtigen, oder binnen eben dieser Frist Widerspruch zu erheben: — 5. die Belehrung, daß der Zahlungsbefehl nur durch Widerspruch außer Kraft gesetzt werden kann. — Wurde Zahlungsbefehl wegen mehrer, in besonderen Geldbeträgen ausgedrückter oder bewertheter Forderungen angesucht, so ist im Zahlungsbefehl die Berichtigung der Forde-

[10]) Canstein: Lehrb. II. 698 erklärt, ein unförmliches Gesuch sei durch Vernehmung des Gläubigers zu ergänzen oder neuzugestalten.

Digitized by Google

rungen gesondert aufzutragen (§. 6 und §. 9). Hat die Forderung vertretbare Sachen zum Gegenstande, so ist dem Schuldner freizustellen, statt der geforderten Sachen den im Gesuche genannten Abfindungsbetrag zu leisten, §. 6.

Eine Ausfertigung des Zahlungsbefehles ist dem Schuldner, und wenn der Schuldner mehre sind, jedem derselben — mit Ausschluß der Post — zu eigenen Handen, §. 7, und eine weitere Ausfertigung dem Gläubiger eventuell durch die Post, eventuell an die Hausgenossen zuzustellen.

VI. Als Rechtsmittel gegen die Erledigung des Gesuches um Zahlungsbefehl ist zugelassen: 1. der Rekurs, wenn Zahlungsbefehl verweigert wurde, §. 5. In Ansehung des Rekurses haben die Bestimmungen des Summ. V. zur Anwendung zu kommen; — 2. der Widerspruch, wenn Zahlungsbefehl erlassen wurde. Der Widerspruch ist einzubringen nicht bloß, wenn der Schuldner die Forderung nicht anerkennt, sondern auch, wenn die Voraussetzungen für die Erlassung des Zahlungsbefehles mangeln. Der Widerspruch bedarf keiner Begründung, §. 8; er ist Verweigerung der Forderung des Gläubigers.

Der Widerspruch entkräftet den Zahlungsbefehl; der Gläubiger wird hierdurch zur klageweisen Beitreibung seiner Forderung veranlaßt,[11]) welche bei dem nach der J. N. zuständigen Gerichte, also nicht nothwendig bei dem um Zahlungsbefehl angegangenen Gerichte, zu erfolgen hat.

Der Zahlungsbefehl verliert seine Kraft:

a) wenn der Widerspruch auch nur gegen einen Theil der Forderung gerichtet ist, §. 9. Unter „Forderung" ist nicht bloß der Hauptanspruch, es sind auch die Nebengebühren und selbst

---

[11]) Nicht ausgeschlossen ist die Wiederholung der gerichtlichen Mahnung, wenn ihr der Gegner nicht durch eine Aufforderungsklage wegen Berühmung zuvorkommt.

Digitized by Google

die Kosten des Zahlungsbefehles zu verstehen, weil die Kosten einen Theil dessen, was der Gläubiger in Anspruch nimmt, bilden, und auch wegen des Kostenzuspruches im Zahlungsbefehl der Rekurs versagt ist;

b) wenn der Widerspruch nur gegen eine der mehren Forderungen, deren Zahlung aufgetragen wurde, gerichtet ist, ausgenommen, es ist dem Gesuche gemäß die Berichtigung mehrer in besonderen Geldbeträgen ausgedrückten Forderungen abgesondert aufgetragen und der Widerspruch ausdrücklich nur gegen eine dieser Forderungen erhoben, in welchem Falle der Zahlungsbefehl bezüglich der übrigen abgesonderten Forderungen in Kraft bleibt;

c) wenn der Widerspruch nur von einem der mehren Schuldner erhoben ist, vorausgesetzt, daß der Zahlungsbefehl wider die mehren Schuldner denselben Anspruch betrifft, §. 9 (vgl. §§. 890, 891 und wohl auch §. 889 b. G. B.).

Soll der Widerspruch diese Wirkung erzeugen, so muß er 1. rechtzeitig, also innerhalb der im Zahlungsbefehle bestimmten 14 Tagen eingebracht sein; die Ausschließung eines späteren Widerspruches durch Exekutionsgesuch ist nicht nothwendig, §. 10; — 2. der Widerspruch muß in rechter Form erhoben sein, also mündlich (zu Protokoll) oder schriftlich (§§. 8, 17) bei Gericht; eine Erklärung gegenüber dem Zustellungsorgane genügt nicht.

Von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruch sind der Gläubiger und Schuldner mittelst Ausfertigungen (auf Vordruck) unter Zurückbehaltung des Widerspruches zu verständigen (§§. 10, 17); dabei ist dem Gläubiger der Ersatz der Kosten des Widerspruches, falls er vom Schuldner angesprochen wird, in dem vom Richter zu bestimmenden Betrage aufzuerlegen. Wird in Folge des Widerspruches Klage erhoben, so ist über die gesammten Kosten des Mahnverfahrens wie über einen Theil der Kosten des Rechtsstreites zu erkennen, §. 11. — Der verspätete Widerspruch ist zurückzuweisen, und davon lediglich

Digitized by Google

der Schuldner, nicht auch der Gläubiger (auf Vordruck) zu verständigen.

Die Erledigung des erhobenen Widerspruches berechtigt zum Rekurs, u. zw. a) den Schuldner nur, wenn der Widerspruch als verspätet zurückgewiesen wird, — b) den Gläubiger nicht wegen der Annahme des Widerspruches und nicht wegen des Kostenzuspruches überhaupt (§. 11), sondern nur wegen des Betrages des Kostenzuspruches, §. 12.

Bei unverschuldeter Versäumung der Widerspruchsfrist kann der Schuldner binnen 8 Tagen, nachdem ihm die Versäumung bekannt geworden und das Hinderniß weggefallen ist, Wiedereinsetzung ansuchen, für welche die Bestimmungen des summarischen Verfahrens gelten (s. §. 144). Dieses Gesuch um Restitution suspendirt die Exekution des Zahlungsbefehles,[12]) es kann bis zur Abweisung des Gesuches die Exekution nur bis zur Sicherstellung geführt werden. Die Bewilligung der Restitution hat die Wirkung des Widerspruches, ohne daß es einer neuerlichen Erhebung desselben bedarf, §. 14.

Ist gegen den Zahlungsbefehl nicht rechtzeitig Widerspruch erhoben worden, so gilt die Schuld als gerichtlich anerkannt und exequirbar; doch erlischt diese Wirkung, wenn der Gläubiger nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach Zustellung des Zahlungsbefehles an den Schuldner die Exekution ansucht, §. 16. Der nach Verlauf dieser Zeit angesuchten und bewilligten Exekution kann mit Rekurs [entgegengetreten] werden. Die zeitliche Beschränkung der Exequirbarkeit der Zahlungsbefehle wurde damit begründet, daß es sich nicht empfehle, den Gläubiger, welcher eben den Schuldner aus der Saumsal aufgerüttelt hat, in Nachlässigkeit versinken zu lassen, — daß Forderungen des täglichen Verkehres eine baldige Ordnung erheischen, — und daß es bedenklich erscheine, die Exekution durch die ganze Verjährungszeit zuzulassen,

[12]) Anders Senft, in der Ger. Z. 1873 Nr. 37.

Digitized by Google

weil die Besorgniß begründet ist, daß die Forderung bei unvorsichtiger Zahlung mehrfach beigetrieben werden könnte. Das Erlöschen der Exequirbarkeit des Zahlungsbefehles hat selbstverständlich den Untergang der Forderung nicht zur Folge; die Forderung kann durch die Verjährungszeit entweder neuerlich im Mahnverfahren, oder mittelst Klage geltend gemacht werden.

Wer im Mahnverfahren als Stellvertreter des Gläubigers oder Schuldners auftritt, hat sich gegenüber dem Gerichte zu legitimiren; nur jene Personen, welche im Namen des Schuldners Widerspruch erheben, sind nicht verpflichtet, sich bei diesem Einschreiten mit einer Vollmacht auszuweisen, doch hat bei Nichtvorlegung einer Vollmacht die Zustellung der gerichtlichen Erledigung des Widerspruches an den Auftraggeber selbst zu erfolgen, §. 17.

VII. Das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehles hat die Wirkung einer Klage (§. 13):

1. in Betreff der Anhängigkeit der Streitsache bei Gericht, mit Ausschluß der Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage und der zusammenhängenden Streitsachen. Zweifellos ist hiermit dem Gläubiger die Möglichkeit genommen, wegen derselben Forderung gleichzeitig bei verschiedenen Gerichten das Mahnverfahren und den Rechtsstreit einzuleiten;[13]) allein darauf ist die Wirkung der Anhängigkeit der Streitsache bei Gericht nicht zu beschränken.[14]) Es begründet das Ansuchen um Zahlungsbefehl die Wirkungen der Einmahnung, also das Recht auf Saumsalszinsen (§. 1334 b. G. B.), speziell auch die Wirkungen einer gerichtlichen Einmahnung, also das Recht auf weitere Zinsen (§. 1335 b. G. B.); die Forderung erscheint gerichtlich geltend gemacht gegen einen der mehren Schuldner bez. von einem der mehren Gläubiger (§§. 891, 892 b. G. B.), und kann nun

[13]) Motive 16.

[14]) So Ott a. a. O. 19.

Digitized by Google

nicht gegen einen anderen Schuldner, und von einem anderen Gläubiger nochmals geltend gemacht werden. Es ist also das Gesuch um Zahlungsbefehl in Betreff der Wirkungen der Litispendenz der gerichtlichen Klage schlechthin gleichzustellen;

2. in Betreff der Unterbrechung der Verjährung.

Wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig und auch rechtzeitig zur Exekution gebracht, so bleiben die bezeichneten Wirkungen aufrecht und läuft für das im Zahlungsbefehl bezeichnete Recht eine neue Verjährung. — Wird gegen den Zahlungsbefehl wirksam Widerspruch erhoben, so entfallen die unter Z. 1 bezeichneten Wirkungen, wie wenn sie niemals eingetreten wären; doch besteht der aus der gerichtlichen Einmahnung resultirende Erfolg aufrecht. Die unter Z. 2 hervorgehobene Unterbrechung der Verjährung gestaltet sich zu einer Hemmung derselben für die Zeit von dem Ansuchen des Zahlungsbefehles bis zur Erhebung (Zustellung) des Widerspruches, §. 13. Dieselben Wirkungen wie bei Widerspruch treten ein, wenn der Zahlungsbefehl durch Ablauf der sechsmonatlichen Exekutionsfrist außer Kraft tritt; für die Verjährung ist die Zeit von dem Ansuchen des Zahlungsbefehles bis zum Ablauf der Exekutionsfrist nicht zu zählen, §. 16.

VIII. Das Mahnverfahren ist für Forderungen, deren Bestreitung zu besorgen ist, nicht bestimmt. Muthwilliger Widerspruch wird durch die Verpflichtung zum Ersatze der Kosten des vereitelten Mahnverfahrens (§. 11), mit größerer Sicherheit aber dadurch abgewehrt, daß der Schuldner bei Widerspruch sofort den Prozeß gewärtigen muß. Das Gesetz hat es, um in die Dispositivrechte des Gläubigers nicht einzugreifen, diesem überlassen, sich gegen muthwilligen Widerspruch dadurch zu schützen, daß er in einer förmlichen Klage um Erlassung des Zahlungsbefehles ansucht, und so dem Schuldner für den Fall des Widerspruches den sofortigen Prozeß in Aussicht stellt. Dabei hat das Gericht zunächst die Klage als solche zu prüfen, und wenn die amtlich festzustellenden Voraussetzungen für die Ein-

Digitized by Google

leitung des Streitverfahrens fehlen, wohl eventuell einen Zahlungsbefehl zu erlassen, nicht aber das im §. 19 vorbedachte außerordentliche Mahnverfahren einzuleiten. Es hat nämlich der Richter, bei Bestand der Voraussetzungen für das Streit- und für das Mahnverfahren, dem Antrag in der Klage gemäß, den Zahlungsbefehl mittelst Bescheides auf die Klage mit dem Beisatze zu erlassen, daß im Falle des Widerspruches das weitere Verfahren über die Klage stattfinden werde. Von dieser Verfügung ist der Kläger in dorso des Doppels der Klage in Kenntniß zu setzen, eine (vom Kläger beigebrachte) Abschrift der Klage aber bei Gericht zurückzubehalten. Sind der Beklagten mehre, so muß für jeden derselben eine Klageausfertigung eingebracht sein,[15]) fehlen die erforderlichen Ausfertigungen, so hat sie der Richter abzuverlangen.

Wird gegen den Zahlungsbefehl rechtzeitig Widerspruch erhoben, so hat nun das Gericht das nach dem Gesetze über die Klage einzuleitende (Bagatell- oder Summar-) Verfahren anzuordnen, und hierzu die Streittheile in Erledigung des Widerspruches vorzuladen. Es ist also selbst ein motivirter Widerspruch nicht als Einrede zu behandeln.

Fehlen die Voraussetzungen für den Zahlungsbefehl, so ist unter Zurückweisung des Ansuchens um Zahlungsbefehl sofort das gesetzliche Streitverfahren einzuleiten; dem Kläger steht aber wegen Verweigerung des Zahlungsbefehles Rekurs zu. Die Voraussetzungen für den Zahlungsbefehl sind im Gesuchs- und Klagefalle dieselben: speziell ist also auch für den Klagefall gefordert, daß bei dem Bezirksgerichte des Domizils des Schuldners geklagt werde, und die Zustellung im Sprengel des Gerichtshofes erster Instanz des Bezirksgerichtes erfolgen könne. Es kann folglich ein Zahlungsbefehl mittelst einer Klage nicht erwirkt werden gegen Personen, welche als Beklagte einem Gerichtshofe

[15]) Anders Ott a. a. O. 18.

Digitized by Google

unterstellt sind (§§. 14 und 42 J. N.), und nicht für Handelssachen im Standorte eines Gerichtshofes, wenn sich die Handelssache nicht zum Bagatellverfahren eignet und hierdurch dem Bezirksgerichte zufällt. Im Standorte der besonderen Handelsgerichtshöfe (in Wien, Triest und Prag) sind die Handelsbagatellsachen nicht den Bezirksgerichten, sondern besonderen Handelsbagatellgerichten zugewiesen, und wurde, um Gleichheit herzustellen, dem an das Handelsbagatellgericht gewiesenen Kläger gestattet, auch bei diesem Gerichte in der Klage um Erlassung des Zahlungsbefehles anzusuchen, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind, also der Beklagte im Sprengel des Bagatellgerichtes seinen Wohnsitz hat, und die Zustellung des Zahlungsbefehles im Sprengel des Handelsgerichtes vollzogen werden kann.

Digitized by Google

Dritter Theil.

Das Sicherungs- und Exekutionsverfahren.

Erstes Kapitel.

Das Sicherungsverfahren.*)

§. 170.

Die Sicherungsmittel im Allgemeinen.

I. Das Gesetz gestattet dem Gerichte, im Laufe des Prozesses, oder allenfalls auch vor Beginn desselben über Parteiantrag Anordnungen zu treffen, durch welche eine besorgte Vereitelung oder Erschwerung der Rechtsverfolgung ausgeschlossen, oder das Verhältniß der Parteien für die Dauer des Streites geordnet wird.

Diese Sicherungsmittel unterscheiden sich von exekutorischen Verfügungen dadurch, daß sie nur für die Dauer des Rechtsstreites gelten, und kein dingliches Recht an jenen Gegenständen begründen, welche von den gerichtlichen Anordnungen betroffen werden.

Die G. O. (Kap. 28—30) nennt als solche Sicherungsmittel den Arrest, das Verbot auf fahrende Güter und die Sequestration des Streitgegenstandes.[1]) Es gehören dazu weiter:

a) die grundbücherliche Anmerkung der Aufkündigung der Hypothekarforderung, und der Streitanhängigkeit (§§. 59 und

*) Muther: Arrest und Sequestration. Wach: Der Arrestprozeß. Menger: System 78. 313.

[1]) Von anderen mittlerweiligen Vorkehrungen spricht die a. G. O. nur in der Aufschrift des 30. Kap.; der §. 395 g. G. O. nennt als solche die Pfandrechtsvormerkung, die nun nur zu Folge eines Titels zum Pfandrecht erfolgt, §. 36 Gb. O., oder als Exekution zur Sicherstellung bewilligt wird.

Digitized by Google

61—71 Gb. O.), für welche die Grundbuchsordnung maßgebend ist, — weiter die Anmerkung der Anfechtungsklage nach §. 46 des G. v. 16. März 1884, R. 36;

b) richterliche Verbote des Baues, aller Besitzhandlungen, aller Veränderungen, worauf aber nur im Besitz-V. (§§. 9 und 10) und im Bestand-V. (§. 14) Bezug genommen ist;

c) die Zuweisung des Gegenstandes, auf welchen sich der Streit bezieht, an eine der Parteien. Auch darauf ist nur im Bestand- und Besitz-V. Bedacht genommen;

d) die Bewilligung eines abgesonderten anständigen Wohnortes für den gefährdeten Theil und die Zuweisung des anständigen Unterhaltes für die Gattin und die Kinder bei Scheidung und Trennung der Ehe.

Die unter b und c genannten Sicherungsmittel, und die Anmerkung der Anfechtungsklage ist nur das Prozeßgericht im Zuge des Verfahrens zu bewilligen berechtigt; das Sicherungsmittel d kann nach Beginn des Streites bei dem zur Verhandlung der Hauptsache berufenen Gerichtshofe, oder bei dem persönlichen Gerichtsstande der Ehegatten angesucht werden, §. 14 J. N.

II. Die Sicherstellungsmittel der G. O. haben gemeinsam, daß sie auch vor Beginn des Rechtsstreites angesucht werden können;[2]) — daß der §. 46 J. N. für die Gesuche um Bewilligung einer mittlerweiligen Vorkehrung einen besonderen Wahlgerichtsstand zuläßt; — daß die provisorische Sicherstellung, wenn sie vor Beginn des Processes bewilligt wurde, mit Klage zu justificiren ist, für welche eine 14tägige, nur bei Personalarrest unerstreckbare Frist läuft, — und daß durch den Ort, wo das provisorische Sicherstellungsmittel angesucht worden ist, ein besonderer Gerichtsstand begründet wird (M. V. v. 19. Juni 1855 R. 106).

---

[2]) Vergl. aber auch unten §. 173.

Digitized by Google

Hervorzuheben ist, daß Arrest und Verbot ohne Einvernehmung des Gegners, die Sequestration erst nach Einvernehmung desselben bewilligt wird, und daß die Klage zur Justifizirung von Arrest und Verbot nur auf die Richtigkeit der Forderung, deren gerichtliche Verfolgung zu sichern war, sich bezieht, gegen die Zulassung des Sicherungsmittels aber nur Rekurs statt hat.

§. 171.

Der Personalarrest.

Der vorsichtsweise Personalarrest setzt voraus eine „schuldige Zahlung" (also eine fällige Forderung), den Abgang von Sicherheit für die Forderung, Fluchtverdacht, §§. 275, 280 (366, 371), und die Arrestirbarkeit des Schuldners.

Für die Forderung sollen Urkunden beigebracht werden, welche, falls sie vom Gegner für richtig erkannt würden, die Forderung vollständig beweisen. Bei Abgang hinlänglichen Beweises für die Forderung soll der Arrest nur bewilligt werden bei genugsamer Kaution für Schimpf und Schäden, §§. 276, 277 (367, 368).

Der Fluchtverdacht muß glaubwürdig bescheinigt werden. [1]) Unter Flucht ist nicht nur eine heimliche Entfernung mit der Absicht, sich zu verbergen, sondern jede Entfernung des Schuldners von seinem Wohnsitze zu verstehen, wenn dadurch die Geltendmachung der Forderung vereitelt, [2]) oder insofern erschwert wird, als sich der Schuldner der Zuständigkeit der österr. Gerichte entzieht. Diese Besorgniß besteht nicht bei jenen, welche hierlands

[1]) Es genügt nicht das Zeugniß zweier Kaufleute, daß der Schuldner aus dem Laden und der Wohnung Sachen wegschafft, G. U. 3601 (anders 1786), daß der Schuldner sehr verschuldet und Gefahr der Flucht vorhanden ist, G. U. 4244. Es läßt sich mit Rücksicht auf den, der persönlichen Freiheit zugewendeten Schutz nicht annehmen, daß dieser Ausweis für Anfechtungsprozesse durch Kaution ersetzt werden kann (§. 46 G. v. 16. März 1884 R. 36).

[2]) G. U. 5271.

Digitized by Google

mit nicht überlasteten Immobilien angesessen sind; sie kommt nicht in Betrachtung bei jenen Personen, welche vom Arreste befreit sind (s. §. 182).

Das Gesuch um Arrest ist ohne Vorverhandlung zu erledigen. Wird Arrest bewilligt, so ist dem Expedite aufzutragen, den Vollzug über Verlangen des Gläubigers gegen Erlag der vom Gericht (nach den Lebensmittelpreisen und zugleich mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners, Hfd. v. 18. Oktober 1817 Nr. 1379) zu bestimmenden Alimente vorzunehmen. Die Alimentation entfällt, wenn sich der Schuldner die nöthige Nahrung selbst zu beschaffen vermag. Ein Gläubiger, welcher für den mittellosen Schuldner die Alimentirung nicht auf sich nehmen kann oder will, hat kein Recht auf Arrest (Hfd. v. 8. November 1784 Nr. 361).

Der Vollzug besteht regelmäßig in der Abführung des Schuldners in den öffentlichen Arrest; die Res. v. 11. September 1784 Nr. 336 hebt hervor, es sei nirgends bestimmt, daß bei dem Vollzuge des Arrestes zugleich die Fahrhabe des Schuldners in gerichtliche Verwahrung zu nehmen sei. Der Gläubiger kann sich mit der Verhaftung des Schuldners in dessen Wohnung begnügen; dem Schuldner ist solche Haft vom Richter zu bewilligen, wenn es dieser für entsprechend hält, der Schuldner sich selbst erhält, und allenfalls auch die Kosten der Überwachung bestreitet, §. 279 (370).

Der vorsichtsweise Arrest, welcher nicht auf eine Zeit beschränkt ist, also sich auch über die Dauer eines Jahres erstrecken kann[3]) (Hfd. v. 13. Juni 1806 Nr. 768), endet:

1. wenn der Gläubiger für Alimentation zu sorgen hat, mit Ablauf der Zeit, für welche Alimente erlegt sind, über Anzeige

---

[3]) Canstein: Lehrb. II. 753 begründet die Beschränkung auf 6 Monate mit der Berufung auf §. 100 Kon. O.

Digitized by Google

von der Erschöpfung des Sustentationsbetrages ohne weitere Verhandlung (Hfd. v. 8. März 1833 Nr. 2601);

2. wenn der Arrestirte dem Gläubiger für die Forderung Sicherheit leistet, sei es auch nur bedingungsweise, d. i. auf den Fall, als der Arrestirte entweichen, oder sich verborgen halten würde. Über die Zulänglichkeit der angebotenen Sicherheit hat das Gericht schleunigst beide Theile bei einer Tagsatzung zu hören, und mit Bescheid zu erkennen, §. 280 (371);

3. für die Militärmannschaft mit der Einberufung zur Dienstleistung, V. v. 3. März 1867 R. 52;

4. bei Versäumung der Justifizirung.

Die Justifizirung erfolgt mittelst Klage, welche zugleich mit dem Arrestgesuche, oder in der unerstreckbaren Frist (§. 6 Pr. N.) von 14 Tagen nach Zustellung der Bewilligung des Arrestes an den Schuldner einzubringen ist, und nicht die Voraussetzungen des Arrestes überhaupt, sondern nur den Bestand der Forderung zum Gegenstande hat. Über diese Klage ist unverzüglich, wenn möglich binnen drei Tagen, zu entscheiden, §. 281 (372), also mündlich, eventuell summarisch zu verhandeln.[4])

Wird die Rechtfertigungsklage nicht rechtzeitig eingebracht, oder nach durchgeführter Verhandlung der Arrest wegen Abganges der Forderung für nicht gerechtfertigt erkannt, so kann der Arrestirte billige Genugthuung für den erlittenen Schimpf und Schaden fordern, §. 282 (373).[5]) Dieser Anspruch begreift

---

[4]) Anders Canstein: Das Zivilprozeßrecht, S. 186, Nte. 64: die drei Tage beziehen sich nicht auf die Verhandlung, sondern nur auf die Entscheidung, daher ist nicht ausgeschlossen, daß über die Klage schriftlich verhandelt werde. — Ebenso G. U. 3949, 5538.

[5]) Die Genugthuung ist von einem Verschulden des Arrestwerbers nicht abhängig, doch ist auf solches Verschulden bei der Bemessung Bedacht zu nehmen, Ent. v. 31. März 1885, Jur. Bl. 1885: 21. — Die Genugthuung setzt einen rechtskräftig erwirkten Arrest voraus (?), Ent. vom 30. Dezember 1884, Ger. Z. 1885: 13.

Digitized by Google

die Genugthuung für den Vermögensnachtheil und eine vindicta, d. i. einen Ausgleich dessen, was dem Arrestirten rücksichtlich seiner persönlichen Verhältnisse Unangenehmes widerfuhr, welcher soweit thunlich durch Geldleistung auszuführen ist.[6]) Die Ersatzklage gehört zum Personalrichter des Arrestwerbers; ist aber der Arrest noch nicht behoben, so kann sie als Widerklage bei dem Gerichte des Arrestes angebracht werden (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621), sie ist also schon im Zuge des Justifizirungsprozesses zulässig;

5. da zu Folge des G. v. 4. Mai 1868 R. 34 der provisorische Arrest nicht mehr in die exekutive Schuldhaft übergehen kann, endet der provisorische Arrest auch mit dem Abschluß des Justifizirungsprozesses.

§. 172.

Verbot auf fahrende Güter.*)

Die Bewilligung des Verbotes setzt voraus:

a) eine fällige Forderung;[1])

b) dem Schuldner gehörige, in den Händen eines Dritten befindliche fahrende Güter, §. 283 (fahrendes Vermögen, §. 374 g. G. O.), worunter nicht blos dem Schuldner gehörige Sachen, sondern auch Sach- und Geldforderungen desselben begriffen sind. Vorausgesetzt ist, daß diese dem Schuldner gehörigen beweglichen Sachen, die Forderungen desselben, der Exekution unterliegen. Es besteht kein Grund, das Verbot auszuschließen, wenn der Arrestwerber selbst zur Herausgabe der Sache, zur Zahlung verpflichtet erscheint (Retentionsarrest);[2])

---

[6]) Pfaff: Schadenersatz S. 21.

*) Schiestel, im Jurist. 9, 425. — Menzel, ebenda 17, 111. — Tratinik, in Wagners Z. 1841. II. 310. — Gunesch, in Haimerls Viertelj. 3, 150. — Randa, in den Jur. Bl. 1877: 34.

[1]) G. U. 5201; Ent. v. 22. November 1882, Ger. Z. 1884: 73. — Fälligkeit fordert nicht die Ent. v. 19. November 1884, Spruchp. 2, 102.

[2]) G. U. 7436, — anders 2765.

Digitized by Google

c) Gefährdung des Gläubigers wegen Abganges anderer Zahlungsmittel des Schuldners.

Die Forderung des Verbotswerbers ist wie bei dem Personalarreste zu beweisen, die Unzulänglichkeit des Beweises[3]) durch Kaution für Schimpf und Schaden zu ersetzen, §§. 284, 285 (376, 377); bei Ersatzansprüchen aus Syndikatsprozessen entfällt diese Kaution (§. 25 G. v. 16. Juli 1872 R. 112).

Die Gefährdung ist genugsam zu bescheinigen;[4]) Kaution kann die Bescheinigung nicht ersetzen; eine Ausnahme begründet der §. 46 des Anfechtungsgesetzes v. 16. März 1884 R. 36.

Ein Nachweis, daß dem Schuldner die mit Verbot zu belegende Forderung zustehe, ist nicht nothwendig.

Das dreifach einzubringende Gesuch ist ohne Vorverhandlung zu erledigen. Von der Bewilligung des Verbotes ist der Gläubiger, der Schuldner und der Schuldner des letzteren, dieser mit der Weisung zu verständigen, „daß er bei eigener Dafürhaftung nichts ausfolgen lasse", §. 287 (379). Von dem Verbote auf Zahlungen aus öffentlichen Kassen hat das Gericht die Kassa, und zugleich auch die derselben vorgesetzte Behörde zu verständigen; die Kassa hat das Verbot sofort anzumerken, die ihr vorgesetzte Behörde aber den der Durchführung des Ver-

---

[3]) Der Mangel jeder Bescheinigung der Forderung schließt die Bewilligung des Verbotes aus, Ent. v. 19. August 1884, Spruchp. 2, 37.

[4]) Es genügt nicht der Mangel eines Besitzes, einer Liegenschaft in der Provinz G. U. 1140, 3622, das Zeugniß von Personen, über deren Glaubwürdigkeit dem Gerichte jeder Nachweis fehlt G. U. 4965, die briefliche Mittheilung des Schuldners, daß er wegen Geschäftsstockung nicht zahlen könne G. U. 6524. Es genügt der Nachweis des Armenrechtes G. U. 2618, 2641, der Nachweis der Mittellosigkeit 7655, — der Nachweis gewagter Unternehmung 4253, — der Verurtheilung wegen Betruges 7461, — der Nachweis, daß der Schuldner in einem fremden Staate wohnt, und die Forderung längst fällig ist G. U. 1545, — daß Schuldner in einem Laude Aufenthalt nahm, wo die Rechtsdurchsetzung erschwert ist G. U. 3422, — daß er sein Gut verkauft hat G. U. 1603 (anders 1689).

Digitized by Google

botes sich etwa entgegenstellenden Anstand dem Gerichte bekannt zu geben (M. E. v. 9. Mai 1860 R. 125).

Der Effekt des Verbotes, welcher durch die Zustellung des Auftrages an dem Schuldner des Schuldners begründet wird, beschränkt sich auf die Inhibirung der Ausfolgung der Sache bez. der Zahlung. Das Verbot begründet keine Verhinderung der Veräußerung,[5]) kein dingliches Recht, also für den Konkursfall kein Vorrecht (Hfd. v. 4. Juni 1789 Nr. 1015), keinen Ausschluß der Exekution Dritter, selbst wenn diese erst nach Bewilligung des Verbotes angesucht wird (Hfd. v. 5. April 1791 Nr. 134), bei Arrestirung einer Hypothekarforderung auch nicht eine Anmerkung im Grundbuche.[6])

Der durch das Verbot betroffene Schuldner kann sich seiner Verpflichtung durch gerichtlichen Erlag, bei welchem das Verbot anzumerken ist (§. 380 g. G. O.), oder wenn sich das Objekt dazu nicht eignet, durch Übergabe an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer entledigen. Zu einem solchen Antrage erscheint der Arrestwerber verpflichtet, wenn eine Forderung an ihn, eine in seinen Händen befindliche Sache mit Verbot belegt wird, weil er sich durch prozessualische Maßregeln seiner Verpflichtung zur Zahlung oder Ausfolgung nicht entziehen darf.

Unterliegen die mit Verbot belegten Sachen dem Verderben, oder ist deren Unterhaltung mit Kosten verbunden, so sind sie über Ansuchen des Gläubigers oder des Schuldners nach vorgängiger Schätzung gerichtlich zu verkaufen und ist der Erlös in gerichtliche Verwahrung zu nehmen, §. 288 (382).

Das Verbot ist zu beheben,[7]

1. wenn die Schuld bezahlt,

---

[5]) Randa, Jur. Bl. 1877, S. 430.

[6]) G. U. 4368. 5648.

[7]) W. Mayer, in der Ger. H. 1885: 49.

Digitized by Google

2. oder wenn für sie genugsame Sicherheit bestellt wird, §. 289 (383). Der Ausweis des Schuldners, daß der Gläubiger nicht gefährdet erscheine, genügt also nicht; [8])

3. bei Versäumung der Justifizirung. Die Rechtfertigung hat binnen der erstreckbaren Frist von 14 Tagen mit Klage zu erfolgen, über welche wie bei Rechtfertigung des Personalarrestes zu verfahren ist, §§. 290, 291 (384, 385). [9]) Der Mangel der Justifizirung begründet eine Genugthuungsklage wie bei dem Personalarreste, §. 291 (386), und Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621.

§. 173.

Die provisorische Sequestration des Streitgegenstandes.

Die G. O. gestattet über Antrag

1. im §. 292 (387) die Bewilligung der Sequestration bez. die Anordnung des gerichtlichen Erlages des Streitobjektes (einer Sache oder Gerechtsame), wenn sich kein Theil im Besitze befindet (z. B. der Verlassenschaft, in deren Genuß noch kein Theil eingewiesen wurde [1]), oder kein Theil sein Recht zum Besitze sogleich erweisen kann (vgl. auch §. 347 b. G. B.);

2. im §. 293 (388) die Bewilligung der Sequestration, wenn ein Theil die Sache oder eine Gerechtsame (auch nur die Früchte der Sache) [2]) in Anspruch nimmt, in deren Besitz sich der andere Theil befindet, und wenn der Ansprecher a) eine Gefahr ausweiset, [3]) daß der Besitzer die Sache oder Gerechtsame während des Prozesses veräußern (§. 378 b. G. B.), ver-

[8]) Auch nicht gerichtlicher Erlag ohne Einräumung des Pfandrechtes G. U. 4369.

[9]) Nach der Ent. v. 17. November 1885, Ger. Z. 1886: 4 rechtfertigt der §. 290 a. G. O. die Einleitung des mündlichen Verfahrens nicht.

[1]) G. U. 3499.

[2]) G. U. 4725.

[3]) Ein von einem Privatmann ausgestelltes Gefahrzeugniß wurde nicht berücksichtigt in der Ent. v. 7. Oktober 1884, Spruchp. 2, 102.

Digitized by Google

derben oder Schaden nehmen lassen dürfte,[4]) und b) hinlängliche Sicherheit für den dem Beklagten erwachsenden Schaden bietet. In Bestandstreitigkeiten (§. 14 Best. V.) und Besitzstörungsstreitigkeiten (§. 10 Besitz.-V.) ist Sicherstellung nicht unbedingt gefordert.

Die Sequestration setzt einen Streit über das zu sichernde Objekt, ein durch Prozeß zu erledigendes Verhältniß, für welches die Streitrollen des Klägers und des Beklagten bestimmt sind, nicht aber nothwendig schon die Ueberreichung der Klage voraus (arg. §. 6 Pr. N., §. 127 kais. Pat. v. 9. August 1854 R. 208).[5]) Über das Gesuch um Sequestration ist Tagsatzung anzuordnen, dabei über die Voraussetzungen für diese Sicherung mit Ausschluß der auf die Streitsache bezüglichen Vertheidigung zu verhandeln, und sohin mit Bescheid zu erkennen, gegen welchen Rekurs zusteht,[6]) dem aber an sich keine hemmende Wirkung zukommt (Hfd. v. 31. Okt. 1800 Nr. 512).

Die bewilligte Sicherung begründet kein Recht an der Sache, kein Recht auf Früchte und Einkünfte; sie schließt die Einflußnahme des Beklagten auf den Gegenstand aus, und begründet bei Mobilien ein Veräußerungsverbot (§. 293).[7])

Vollzogen wird die Sicherung, wenn sich die Sache zum gerichtlichen Erlage eignet, durch Abnahme derselben und gerichtlichen Erlag, anderenfalls durch die Übergabe an einen

---

[4]) Als Gefährdung erscheint auch eine erhebliche Vernachlässigung der Bewirthschaftung, Ent. v. 13. Juli 1880, Ger. H. 1881: 66.

[5]) Die Ent. v. 12. Mai 1885, Ger. Z. 1885: 46 erklärt die Sequestration nach den §§. 292, 293 a. G. O. nur nach bereits eingeleitetem Rechtsstreit zulässig.

[6]) Die Verhandlung über das Sequestrationsgesuch ist ein selbstständiger Streitgegenstand, für welchen die im Summ. V. bestimmte kürzere Rekursfrist auch dann nicht gilt, wenn die Streitsache selbst summarisch verhandelt wird, Ent. v. 9. Januar 1883, Ger. Z. 1885: 31.

[7]) Randa in den Jur. Bl. 1877 S. 430.

Digitized by Google

Sequester. Die Parteien haben sich über den aufzustellenden Sequester zu einigen, und ihn binnen 14 Tagen dem Gerichte namhaft zu machen, §. 294 (390). Im Falle einseitiger Nominirung hat das Gericht eine taugliche Person als Sequester zu bestellen, §. 295 (391). Der Sequester ist in dem Bestellungsdekrete anzuweisen, die Sache bez. Gerechtsame wie ein guter Hauswirth zu besorgen, und die Nutzungen da zu erlegen, wo es das Gericht nach Vernehmung beider Theile zur Sicherheit anordnen wird, §. 296 (392). Die Fruktifizirung von Baarschaft erfolgt nach Einverständniß der Streittheile (Hfd. v. 23. Oktober 1794 Nr. 199).

Die prov. Sequestration ändert nichts an den grundbücherlichen Rechten der Gläubiger (Hfd. v. 6. Mai 1814 Nr. 1085), daher ist der provisorische wie der exekutive Sequester angewiesen (Hfd. v. 12. Oktober 1790 Nr. 63), aus den Einkünften des Gutes die Zinsen der auf der Realität vorgemerkten Kapitalien nach der Ordnung der Priorität abzuführen (§. 394 g. G. O.). Die Wirthschaft als ordentlichen Hausvater verpflichtet auch zur Zahlung der laufenden Steuern und Abgaben, und zur Bestreitung der Wirthschaftsauslagen, und berechtigt den Sequester zu einer im nicht streitigen Verfahren festzustellenden[8]) und vorerst aus dem Sequestrationsobjekte zu bestreitenden Entlohnung, auf welche der Sequester auch Anspruch hat, wenn im Instanzenzuge die Sicherung als unbegründet aufgehoben wird.[9])

Aus dieser Stellung resultirt die Verpflichtung des Sequesters und der Erben desselben[10]) zur Rechnungslegung nach beendeter Sequestration ev. binnen 30 Tagen nach Ablauf eines Jahres. Die Rechnung ist bei Gericht einzureichen und nach dem Einvernehmen der Interessenten, im Streitfalle aber vom Gericht zu erledigen, §. 297 (393).

---

[8]) G. U. 2381.
[9]) G. U. 1441.
[10]) G. U. 4384.

Digitized by Google

Ist die prov. Sequestration vor Beginn des Rechtsstreites erwirkt, so ist die Klage zur Ausführung des Rechtsanspruches bezüglich des Sequestrationsobjektes, mit welcher die Sicherung justifizirt wird, binnen der erstreckbaren Frist von 14 Tagen, gerechnet von der Zustellung des Sicherungsbescheides an den Gegner, einzubringen.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Das Exekutionsverfahren.*)

§. 174.

Die Exekution im Allgemeinen.

Die hier in Betrachtung kommende Zwangsvollstreckung ist die gewaltsame Durchsetzung von Privatrechtsansprüchen. Das Recht zum Zwange steht dem Staate zu.[1]) Die Partei hat bei Bestand der gesetzlichen Voraussetzungen ein Recht auf Bethätigung des Zwanges gegenüber der Staatsgewalt und gegenüber dem Gegner: ihr Wille ist bestimmend für den Anfang, den Umfang und die Fortsetzung der Exekution innerhalb der gesetzlichen Schranken: die Partei allein hat Anspruch auf den Vollstreckungserfolg.

Die Execution ist Sache des Gerichtes, nicht selbstständiger Vollzugsorgane: die Gerichte bewilligen die Exekution, und vollziehen sie durch ihre Organe unter eigener Verantwortung.

Durch die Zwangsmittel, welche das Gericht anordnet, wird entweder von dem Verpflichteten jene Handlung (mit Geld- oder Arreststrafe) erzwungen, deren Leistung in Frage steht, oder es

---

*) Heinemann: Subhastation 1832. — Knorr: Exekutionsverfahren 1851. — Strippelmann: Subhastation 1852. — Zibarth: Realexekution 1866. — Gspan: Die gesetzmäßige Befriedigung konkurrirender Gläubiger 1837. 1838. — Menger: Beiträge zur Lehre von der Exekution, im Arch. f. z. P. 55, 371. 433. — Exner: österr. Hypothekenrecht, 1876. 1881.

[1]) Weismann: Hauptintervention 41, der Staat ist Subjekt der Zwangsbefugniß. — Seuffert in Grünhuts Z. 12, S. 624: Die Staatsexekution ist Ausübung der dem Berechtigten kraft seines Rechtes zustehenden Befugnisse durch die Staatsbehörde; S. 626. Ein Anspruch des Berechtigten auf Zwangsvollstreckung besteht nur gegenüber dem Staat. — Anders Schultze: Privatrecht und Prozeß I. 64, der Staat ist Vollstreckungsorgan, die Partei Subjekt der Zwangsbefugniß.

Digitized by Google

wird durch einen Eingriff in das Vermögen des Verpflichteten dem Berechtigten Befriedigung gewährt.[2]) Zwangsmittel, welche dem Berechtigten keine materielle Befriedigung schaffen, sind ausgeschlossen; beschränkt ist überdies die Exekution im öffentlichen Interesse.

Der Eingriff in die Vermögenssphäre des Verpflichteten schafft entweder den durch die Gewalt zu realisirenden Rechtszustand, oder er schafft Geldmittel. Im letzteren Falle begreift die Zwangsvollstreckung das Realisirungsverfahren, den Umsatz der Vermögensobjekte des Schuldners in Geld, und das Befriedigungsverfahren, durch welches die Zahlungsmittel dem Befriedigungszwecke zugeführt werden.[3])

Insoweit dem Gläubiger durch Realisirung von Vermögen des Schuldners Befriedigung geboten werden soll, ist nicht das Vermögen als Ganzes, sondern sind nur einzelne Bestandtheile desselben im geringeren oder größeren Umfange Exekutionsobjekt.[4]) Die Exekution wird nicht bloß von einem einzelnen Gläubiger veranlaßt, sondern auch nur im Sonderinteresse desselben geführt;[5]) die Exekution wird mit der Begründung eines ausschließlichen Rechtes für den beitreibenden Gläubiger (Pfandrecht) eröffnet, den Mitgläubigern ist vorbehalten, dasselbe Vermögensobjekt in Exekution zu ziehen, unbeschadet des Vorrechtes des früheren Exequenten. Die Exekutionsführung alterirt selbstverständlich die bestehenden dinglichen und persönlichen Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Sache nicht.

---

[2]) Menger: im Archiv f. z. P. 55. 379 nennt, gegen den herrschenden Sprachgebrauch, Wetzell 634 — die Exekution der erstgenannten Art direkte, jene der letztgenannten Art indirekte Exekution.

[3]) Menger: System 305.

[4]) Spezial-Exekution im Gegensatze von der Gesammt-Exekution, Menger im Arch. f. z. P. 55. 415.

[5]) Ausschluß- im Gegensatze von der Anschluß-(Universal-)Exekution, Menger a. a. O. 416.

Digitized by Google

Die Exekution erfolgt nur über Antrag des Berechtigten, und regelmäßig ohne Gehör des Verpflichteten; ausnahmsweise (bei Exekution ausländischer Urtheile, eines Schiedsspruches, eines Spruches auf alternative Leistung mit Wahlrecht des Schuldners) geht der Bewilligung der Exekution eine Parteiverhandlung voraus. Im Befriedigungsverfahren hat der Richter von Amtswegen einzuschreiten, und mit allen Interessenten zu verhandeln.

Die Exekution kann nur erfolgen auf Grund eines exequirbaren Schuldtitels, nämlich auf Grund einer Thatsache, welche die zu erzwingende Verpflichtung in rechtlich unzweifelhafter Weise feststellt. Dieser Verpflichtungsgrund muß in urkundlicher Form vorliegen (Exekutionstitel im uneigentlichen Sinne.) — Zum Schutze der Privatrechte wird auf eine minder verläßliche, noch streitige, oder noch anfechtbare Grundlage eine Exekution zur Sicherstellung innerhalb gewisser Schranken zugelassen, an welche sich die definitive Exekution anschließt, sobald die Voraussetzungen derselben eintreten.

§. 175.

A. Die Exekution zur Sicherstellung.

I. Zugelassen ist als Exekution zur Sicherstellung:

1. die pfandweise Beschreibung jener Objekte, auf welche sich das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers nach §. 1101 b. G. B. bezieht, und die Sequestration des Pachtgutes[1]) zur Sicherung des Bestandzinses. Zugelassen ist die Sicherstellung sofort bei Einreichung der Klage auf Zahlung von Zinsrückstand (Hfd. v. 3. November 1819 Nr. 1621);

2. die Vormerkung gerichtlicher Erkenntnisse erster oder höherer Instanz, durch welche ein dingliches Recht unbedingt

[1]) Diese Sequestration erfordert die Nachweisung einer Gefährdung des Bestandgebers bezüglich des Bestandobjektes oder des Bestandzinses nicht, Besch. v. 27. Sept. 1872, Jud. B. 77.

Digitized by Google

zu- oder aberkannt wird, welche aber noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind, §. 38 Gb. O.;

3. die Pfändung und Schätzung oder Sequestration[2]) von Mobilien und Immobilien zur Sicherstellung einer gerichtlich geltend gemachten, aber noch nicht definitiv festgestellten Forderung (§§. 4 und 12 der V. vom 18. Juli 1859 R. 130).

Grundlage des Ansuchens um die letztgenannte Exekution zur Sicherstellung ist:

a) ein unbedingt verurtheilendes Erkenntniß der ersten Instanz, gegen welches eine Nichtigkeitsbeschwerde, oder ordentliches Rechtsmittel eingelegt wurde,[3]) §. 259 (339) G. O., §. 56 Summ. V., §. 88 Bag. V.,[4]) speziell auch ein Urtheil des Strafgerichtes, in welchem über privatrechtliche An-

---

[2]) Sicherstellungssequestration im Gegensatze zur Sequestration des Streitgegenstandes (s. §. 173), und zur exekutiven Sequestration (s. §. 184). — Der §. 389 g. G. O. gestattet weiter eine Sache, die der Kläger nicht anspricht, sondern der Beklagte eigenthümlich besitzt, in jenen Fällen zu sequestriren, in welchen der Arrest statt hätte, also bei Fluchtverdacht des Schuldners, oder bei Abgang hinlänglicher Zahlungsmittel desselben; — diese Sequestration erscheint als eine provisorische Vorkehrung, welche ebensowenig wie Verbot für den Gläubiger ein dingliches Recht begründet. Vergl. Canstein: Zivilprozeßrecht, S. 188.

[3]) Vor der Anmeldung des Rechtsmittels ist alle Art Exekution ausgeschlossen, weil nicht feststeht, ob Exekution zur Sicherstellung oder Exekution zur Befriedigung Raum findet. Nach der Anmeldung des Rechtsmittels ist Exekution zur Sicherstellung zulässig, doch nicht vor Ablauf der im Urtheile bestimmten Leistungsfrist. — Die Praxis schwankt; in der Ent. v. 4. Juni 1884, Ger. H. 1885: 31 wurde die Exekution zur Sicherstellung vor Ablauf der Appellationsfrist für zulässig erklärt; in der Ent. in G. U. 8705 ist (gegen die Ent. 8601 und 8122) die Exekution zur Sicherstellung vor Ablauf der Leistungsfrist zugelassen.

[4]) Zuzulassen ist Pfändung, Schätzung und Sequestration auch zur Sicherung der Prozeßkosten. Vergl. §. 6, V. v. 18. Juli 1859, G. U. 2513 (anders 5248), Ent. v. 11. September 1879, Ger. Z. 1881, Nr. 43.

Digitized by Google

sprüche entschieden ist, wenn dagegen Rechtsmittel ergriffen, oder die Wiederaufnahme bewilligt wurde (§. 358 St. P. O.;[5])

b) ein Mandat, gegen welches Einwendungen eingebracht wurden, jedoch erst nach Ablauf der in diesem Mandate bestimmten Leistungsfrist (Wechs. V. §. 8 I., §. 3 II., — Mand. V. §. 7 I., §. 3 II., — §. 25 des G. v. 12. Juli 1872 R. 112); — ferner ein bedingter Zahlungsbefehl, wenn wegen Versäumung der Widerspruchsfrist die Wiedereinsetzung begehrt wird (§. 14 Mahn V.);

c) im Exekutivprozesse die Verfügung, in welcher die bei der ersten Tagsatzung nicht zum Abschluß gebrachte Verhandlung weiter geleitet, oder auf einen Beweis durch Zeugen oder Sachverständige erkannt wird (Hfd. v. 7. Mai 1839 Nr. 358);

d) im Summ. V. (§. 56) und im Mandatsprozesse (§. 8 I.) ein unbedingt verurtheilendes Erkenntniß zweiter Instanz, wenn es durch Revision oder Nichtigkeitsbeschwerde angefochten ist.[6]) Im Wechselprozesse (§. 14 I.) ist Exekution zur Sicherstellung auch zuzulassen bei der von einem Haupteide bedingten Kondemnation in erster oder zweiter Instanz;

e) im Summ.-, Bag.- und Mandatsverfahren der Bescheid, mit welchem Zeugen- oder Sachverständigenbeweis angeordnet wird, sofern sich die Klage auf eine vollen Glauben verdienende Urkunde gründet. Der §. 13 Wechs. V. gestattet solche Exekution auch, wenn die erste Tagsatzung ohne Verschulden des Klägers erstreckt wird;

f) das vor Erhebung des Kompetenzkonfliktes Seitens einer Verwaltungsbehörde ergangene gerichtliche Urtheil (§. 13 des G. vom 18. April 1869 R. 44);

---

[5]) Ent. v. 28. November 1876, Sp. R. 88.

[6]) Im Verfahren nach der G. O. ist die Bewilligung einer Sicherstellung zu Gunsten des in zweiter Instanz Obsiegenden ausgeschlossen, Ent. v. 5. Mai 1885, Spruchp. 2, 228.

Digitized by Google

g) das Urtheil des Gewerbegerichtes, wenn es mit Beschwerde bei dem ordentlichen Richter angefochten wird (§§. 68, 70, 74 des G. v. 14. Mai 1869 R. 63).

Die Exekution zur Sicherstellung ist im letzgenannten Falle (g) beschränkt auf Mobilien; im Prozesse auf Zahlung der Wechselsumme ist auf dem Umwege des Auftrages zur Sicherstellung auch die Feilbietung der gepfändeten und geschätzten Objekte behufs Erzielung gerichtlichen Baarerlages zugelassen.

Zur Sicherstellung des Ärars, nicht auch anderer in Vertretung der Finanzprokuratur stehender Fonde und Parteien (Hfd. v. 29. Jänner 1839 Nr. 460) hat das Gericht die im Prozeßrechte zugelassenen Sicherstellungsmittel auf Grund des Ausweises hängender Inquisitionen oder der Verordnungen der Hof- und Länderstellen zuzulassen über Ansuchen der Finanzprokuratur (Hfd. vom 18. Sept. 1786 Nr. 577), und wenn sich die Forderung zum gerichtlichen Verfahren nicht eignet, auch über direktes Ansuchen der zur Untersuchung, Entscheidung und Exekution kompetenten politischen Behörde (Hfd. v. 24. Okt. 1806 R. 789). Die Justifizirung dieser Sicherstellungen erfolgt, wenn die Forderung auf den Rechtsweg gehört, bei Gericht, wenn sie auf den Verwaltungsweg gehört, bei der Verwaltungsbehörde.

II. Die Exekution zur Sicherstellung ist die Einleitung der Exekution zur Befriedigung; sie wird über Antrag ohne Vernehmung des Gegners bewilligt,[7]) und nach den für die Exekution zur Befriedigung geltenden Bestimmungen vollzogen. Die Exekution zur Befriedigung schließt, sobald für sie die gesetzlichen Voraussetzungen eintreten, da an, wo bei der Exekution zur Sicherstellung eingehalten wurde.[8]) Der Ausweis der Voraussetzungen für die Exekution zur Befriedigung rechtfertigt von selbst die erwirkte Sicherstellung, er dient speziell zur Rechtfertigung

[7]) Ent. v. 3. Oktober 1882, Spruchp. 2, 38.
[8]) G. U. 2773.

Digitized by Google

der erwirkten grundbücherlichen Vormerkung, §. 41 Gb. O.; — der Ausfall dieser Voraussetzungen verpflichtet (abgesehen von Arglist) nicht zur Genugthuung.[9]) Als Vorbereitung der Exekution zur Befriedigung sind die Exekutionsakte, welche zur Sicherstellung zugelassen sind, zu bewilligen ohne Bescheinigung einer Gefahr für den Sieger;[10]) — sie sind auch bezüglich des zur Sicherung der Forderung bestellten Pfandes zuzulassen,[11]) doch hat in diesem Falle eine, andere Objekte erfassende Exekution zur Sicherstellung nur statt, wenn das Pfand unzulänglich erscheint (§. 7 V. v. 21. Mai 1855 R. 95).[12])

Dem Schuldner steht zu:

a) gegen den über Antrag des Gläubigers oder nach Wahl des Gerichtes bestellten Sequester Einwendungen anzubringen, über welche nach Vernehmung beider Parteien zu entscheiden ist;

b) um Beschränkung der Exekution anzusuchen, wenn er zu beweisen vermag, daß sie in größerem Umfange bewilligt oder vorgenommen worden ist, als zur vollständigen Sicherstellung der eingeklagten Forderung sammt Zinsen nothwendig war. Über diesfälliges Gesuch ist sogleich Tagsatzung auf möglichst kurze Zeit anzuordnen, und sodann mit Bescheid zu erkennen;

c) die Aufhebung der Exekution zu erwirken, indem er einen zur Bedeckung der Forderung sammt Zinsen nöthigen Be-

---

[9]) Auf den genannten Fall ist die im §. 261 (341) G. O. bestimmte Entschädigungspflicht zu beschränken, weil die Partei bei der Erwirkung der Exekution zur Sicherstellung nur jene Folgen in Anspruch nimmt, welche durch den Richterspruch begründet erscheinen.

[10]) Vergl. gegen den §. 259 a. G. O. (wenn der obsiegende Theil einer Sicherstellung, Bedeckung oder anderen gerichtlichen Vorkehrung bedürfte) den §. 339 g. G. O., die §§. 4 und 12 der V. v. 18. Juli 1859 R. 130 und G. U. 2937, 3631, 4539, 5545, 5859, 6104, 7584.

[11]) Ent. v. 16. Oktober 1872, Sp. R. 23.

[12]) Ent. v. 26. September 1882, Ger. Z. 1885: 86, und Ent. vom 21. April 1885, Ger. H. 1885: 44. — Die Unzulänglichkeit des bestellten Pfandes hat der Gläubiger zu beweisen, Ent. v. 29. Dezember 1885, Ger. Z. 1886, 11.

Digitized by Google

trag in Baargeld, oder in auf der Börse notirten Staats- und Werthpapieren, deren Werth mit zwei Drittheilen des aus einem amtlichen Blatte bekannten Kurswerthes am Erlagstage zu berechnen ist, bei dem Prozeßgerichte hinterlegt.[13]) Dieser Erlag ist als ein für die eingeklagte Forderung gerichtlich bestelltes Pfand anzusehen. Da es nach „Maßgabe des geleisteten Erlages" von der Exekution abzukommen hat, kann in diesem Wege auch eine vom Schuldner in Antrag gebrachte Einschränkung der Exekution zur Sicherstellung erzielt werden. Vorkehrungen zur Abwendung eines Nachtheiles oder zur Erzielung eines Vortheiles bei den in Verwahrung genommenen Sachen werden über Ansuchen eines Streittheiles, mit Zustimmung des Gegners, in dringenden Fällen auch ohne Vernehmung desselben, im Streitfalle aber mit thunlichster Berücksichtigung der Rechte des Eigenthümers mit Bescheid bewilligt (§§. 6, 7, 8 der V. v. 18. Juli 1859).

Wenn der Exekution zur Sicherstellung ein Mandat zu Grunde liegt, kann über Ansuchen des Beklagten sogleich, also ohne Einvernehmung des Klägers, die gänzliche oder theilweise Einstellung der Exekution verfügt werden, wenn der Beklagte durch Urkunden von derjenigen Beschaffenheit, wie solche zur Erwirkung des Zahlungsbefehles nothwendig sind, beweist, daß die Forderung des Klägers an ihn entweder gänzlich oder theilweise nicht zu Recht bestehe (§. 6 Ab. 1 und §. 12 der V. v. 8. Juli 1859). Selbstverständlich erscheint, daß in diesem Wege nicht eine Vertheidigung geltend gemacht werden kann, welche für den Prozeß versäumt erscheint; vorausgesetzt ist also, daß der Exekution zur Sicherstellung Einwendungen entgegengestellt werden, welche auch in den Einwendungen gegen das Mandat geltend gemacht wurden. Daraus folgt, daß über die Behebung der in oben

[13]) Bei den von staatlich beaufsichtigten Hypothekarkreditinstituten geführten Exekutionen wird durch einen solchen Erlag die Pfändung und Sequestration des verhypothezirten Gutes nicht ausgeschlossen, ar. IV. der V. v. 28. Okt. 1865 R. 110.

Digitized by Google

bezeichneter Weise sistirten Exekution zur Sicherstellung in der Entscheidung über die Streitsache selbst zu erkennen ist. — In allen anderen Fällen der Exekution zur Sicherstellung gilt für die Sistirung und Behebung der Exekution das Hfd. v. 22. Juni 1836 Nr. 145 über Opposition.

Gegen den Bescheid, mit welchem die Exekution zur Sicherstellung bewilligt wird, und gegen alle Verfügungen, welche im Zuge des Sicherstellungsverfahrens ergehen, steht Rekurs zu. Für den Rekurs gelten in Bezug auf Form, Frist und Zulässigkeit des a. o. Rekurses die Bestimmungen jenes Verfahrens, welches in der Rechtssache, für welche Exekution zur Sicherstellung angesucht ist, Anwendung hat, also die Bestimmungen des Summ. V. in Summar-, Mandats- und Bagatellsachen,[14]) die Bestimmungen des Wechsel-V. in Wechselstreitigkeiten.[15]) In dem Rekurse dürfen neue Umstände und Beweismittel dann angeführt werden, wenn die Anordnung der Sistirung der Exekution zur Sicherstellung, der Aufhebung zu Folge freiwilligen gerichtlichen Erlages einer Bedeckung, der Vorkehrungen bei den in Verwahrung genommenen Sachen ohne Einvernehmung des Gegners erflossen ist (§§. 9 und 12 V. v. 18. Juli 1859).

B. Die Exekution zur Befriedigung.

1. Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung.

§. 176.

Vollstreckbare Schuldtitel.

I. Die gerichtliche Exekution soll nach §. 298 (396) ertheilt werden über einen richterlichen Spruch oder gerichtlichen Vertrag. Spruchs- bez. Vertragsgericht muß sein eine in den

[14]) Ent. v. 3. September 1872, Sp. R. 19, — v. 24. Juni 1873, Sp. R. 54.

[15]) Besch. v. 13. Oktober 1874, Jud. B. 90.

Digitized by Google

Reichsrathsländern bestehende, oder den Obergerichten dieser Länder unterstellte Gerichtsbehörde.

Gerichtlicher Vertrag ist der vor Gericht über eine dort anhängige Streitsache abgeschlossene Vergleich (Hfd. v. 22. Juni 1805 Nr. 735), gerichtlicher Spruch die endgiltige Feststellung eines Privatrechtsanspruches Seitens einer Gerichtsbehörde.

Es sind also vollstreckbare Schuldtitel:

1. die bei dem Prozeßgerichte über Klageansprüche abgeschlossenen Vergleiche;

2. die Urtheile der Zivilgerichte, die Erkenntnisse der Strafgerichte (§§. 193, 358 und 373 St. P. O.) und des Staatsgerichtshofes (§§. 22, 24 G. v. 25. Juli 1867 R. 101) über Privatrechtsverhältnisse, die Erkenntnisse des Reichsgerichtes über streitige Ansprüche (§. 39 G. v. 18. April 1869 R. 44);

3. die unbestritten gebliebenen Mandate im Wechsel-, Mandats- und Syndikatsrückersatz-Verfahren (Wechs. V. §. 18 I., §. 3 II., — Mand. V. 5 I. — §. 20 G. v. 12. Juli 1872 R. 112), ferner der bedingte Zahlungsbefehl im Mahn-Verfahren, wenn er einem Widerspruche nicht mehr unterliegt, und nicht durch Zeitablauf entkräftet ist (§§. 15 und 16 Mahn-V.);

4. der Endbescheid im Besitzstörungsverfahren (§. 15);

5. die Bescheide in Streitsachen, mit welchen eine Leistung auferlegt wird, speziell die unbestritten gebliebenen gerichtlichen Aufkündigungen und die Räumungsaufträge im Bestand-Verfahren (§§. 10, 11, 20 Best. V.);

6. die Entscheidungen im Verfahren außer Streitsachen (§. 19 Pat. v. 9. Aug. 1854 R. 208);

7. die gerichtlichen Vergleiche und Entscheidungen betreffend die Entschädigung oder Sicherstellung bei der Enteigung zum Zwecke der Herstellung oder des Betriebes einer Eisenbahn (§. 36 G. v. 18. Februar 1878 R. 30);

8. die Urtheile und Vergleiche der Gewerbegerichte (§. 75 G. v. 14. Mai 1869 R. 63);

Digitized by Google

9. die gerichtlich bestätigten Vergleiche, mit welchen eine Konkursverhandlung beendigt wird (§§. 158, 232 K. O.). Die durch widerspruchslose Anerkennung oder durch Urtheil erfolgte Feststellung einer Forderung im Konkurse bewirkt die Berücksichtigung derselben bei der Massevertheilung und die Berechtigung zur Exekution gegen den Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses (§. 55 Kon. O.);

10. die gerichtlich bestätigte Beitragsberechnung im Konkurse einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft (§§. 65 und 85 G. v. 9. April 1873 R. 70).

II. Die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden sind im Verwaltungswege zu vollziehen.[1]) Das gilt insbesondere auch von den Entscheidungen der Verwaltungsbehörden in Dienststreitigkeiten, und von den Vergleichen und Entscheidungen der schiedsgerichtlichen Ausschüsse einer Gewerbegenossenschaft (§. 123 G. v. 15. März 1883 R. 39).

Ausnahmsweise sind Verwaltungsentscheidungen Grundlage einer gerichtlichen Exekution und zwar:[2])

1. die Finalerledigung im administrativen Rechnungsprozesse (Pat. v. 16. Jänner 1786 Nr. 516, Hfd. v. 12. September 1832 Nr. 2575);

2. die Vergleiche der k. k. Polizeibehörden (Hfd. v. 16. Juni 1801 Nr. 516, V. v. 18. Juni 1853 R. 114), und der polit. Magistrate (Hfd. v. 8. Juni 1832 Nr. 2567);

3. die Vergleiche der Grundentlastungs-Kommissionen (M. E. v. 9. August 1850 R. 326) und der salzburgischen Forstregulirungskommission (M. E. v. 14. Juli 1851 Z. 7422);

4. die Erkenntnisse und Vergleiche der Grundlastenablösungskommissionen (Pat. v. 5. Juli 1853 R. 130);

---

[1]) Auch die Entscheidungen der autonomen Behörden können nicht gerichtlich exequirt werden, Ent. v. 27. März 1884, Spruchp. 1, 287.

[2]) Pražák: Spory o příslušnosti §. 26.

Digitized by Google

5. die endgiltigen Erkenntnisse und die Vergleiche, welche in Angelegenheiten der Zusammenlegung landwirthschaftlicher Grundstücke, und im Verfahren zur Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke und der hierauf bezüglichen gemeinschaftlichen Benützungs- und Verwaltungsrechte die dazu berufenen Behörden (die Landes- und die Ministerialkommission) gefällt bez. genehmigt haben, soweit es sich nicht um Angelegenheiten der politischen Verwaltung handelt (G. v. 7. Juni 1883 R. 92 §. 11 und R. 94 §. 12);

6. die Vergleiche der Gemeindevermittlungsämter (§. 8 G. v. 21. Sept. 1869 R. 150);

7. die Entscheidungen über die Verpflichtung der Geistlichen zum Rückersatz der Stolgebührüberschreitungen (§. 26 G. v. 7. Mai 1874 R. 50);

8. die Erkenntnisse der Bergverwaltungsbehörden über Forderungen, welche gegen einen Bergwerksbesitzer aus einer Anordnung oder Entscheidung der Bergbehörde entstanden sind (§. 232 Berg-G., und §. 117 der Vollzugs-Vorschrift);

9. die Entscheidungen der Gefällsstrafbehörden über Strafe und Kosten, soweit diese nicht aus dem Gegenstande oder den Hilfsmitteln der Gefällsübertretung zu realisiren sind (§§. 887, 894 und 902 Gefälls-St. G.);

10. die Straferkenntnisse wegen Adelsanmaßung (Hfkzd. vom 2. November 1827 Nr. 2316);

11. die Aufträge der Finanzverwaltungsbehörden betreffend rückständige Steuern und Zuschläge, und rückständige Gebühren (V. v. 24. April 1871 R. 50, und v. 14. Mai 1879 R. 76), dann Zoll- und Verzehrungssteuerrückstände (Hfd. v. 10. Feber 1832 Nr. 2548).

III. Vollstreckbare Urkunden sind:

1. eine in Österreich ausgefertigte Notariatsbeurkundung über die außergerichtliche Aufkündigung eines Immobilarbestandvertrages, ein in Österreich ausgestelltes amtliches, von der Partei, welcher aufgekündigt wird, gefertigtes Protokoll, und selbst eine

Digitized by Google

von derselben ausgestellte beweiskräftige Bescheinigung der Aufkündigung (§§. 9, 20 Bestand-V.);

2. ein in Österreich ausgefertigter Notariatsakt,[3]) in welchem eine Schuld an Geld oder vertretbaren Sachen festgestellt ist, und in welchem die Person des Berechtigten und Verpflichteten, der Rechtstitel, der Gegenstand und die Zeit der Leistung genau bestimmt sind, wenn sich der Verpflichtete in der Urkunde sofortiger Exekution unterworfen hat. Vollmachten, auf Grund welcher solche Notariatsakte errichtet werden, müssen, wenn sie nicht schon öffentliche Urkunden sind, gerichtlich oder notariell beglaubigt sein. Wenn die im Notariatsakte festgestellte Verbindlichkeit von dem Eintritt einer Bedingung oder eines nicht kalendermäßig feststehenden Zeitpunktes abhängig ist, muß der Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunktes durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden.

3. die zu Handen besonders begünstigter Kreditinstitute[4]) ausgestellten beglaubigten Verpflichtungsurkunden, in Verbindung mit einem beglaubigten Auszug aus den Hauptbüchern, wenn es sich um die Einbringung verfallener Hypothekarforderungen handelt.

IV. Gerichtlich vollstreckbar sind endlich:

1. die Urtheile österr. Schiedsgerichte (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489);

2. die von einem Gerichte eines fremden Staates geschöpften **Urtheile**,[5]) ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit derselben, nicht aber auch Erkenntnisse ausländischer Verwaltungs-

---

[3]) Auch ein einseitig vom Schuldner errichteter Notariatsakt. Mitth. des deut. Jur. V. in Prag 1883, 80. Ullmann, ebenda 1873, 49.

[4]) Diese Begünstigung genießt die österr.-ungar. Bank (§. 11 des Anhanges zum G. v. 27. Juni 1878 R. 66), die österr. Bodenkreditanstalt (ar. 85 der M. V. v. 1. Juni 1864 R. 49), die Hypothekenbank des Königreiches Böhmen (§. 39 der mit M. V. v. 26. Dez. 1864 R. 99 kundgemachten Statuten) u. A.

[5]) Menger: System 172, Lit. in Note 18 daselbst.

Digitized by Google

behörden, und nicht auch andere ausländische Schuldtitel (Notariatsakte, Mandate, Schiedssprüche), es wäre denn durch einen Staatsvertrag die Exekution zugesichert.[6]) Die Gewährung der Rechtshilfe auf ausländische Urtheile setzt voraus (Hfd. v. 18. Mai 1792 Nr. 16, und Hfd. v. 15. Feber 1805 Nr. 711);

a) Reziprozität. Wird die Exekution österr. Urtheile in dem betroffenen fremden Staate verweigert, oder nur unter gewissen Voraussetzungen und nach Erfüllung bestimmter Förmlichkeiten zugelassen, so ist Vergeltung zu üben.[7]) Die Partei, welche die Hilfsvollstreckung ansucht, hat die maßgebende Norm des fremden Rechtes zu beweisen, wenn nicht eine Kundmachung der österr. Regierung darüber erflossen ist. Vorbehalten bleibt der Partei gegenüber einer solchen Kundmachung der Beweis, daß der Inhalt des fremden Rechtes in derselben unrichtig angegeben ist, oder durch weitere Entwicklung des fremden Rechtes unrichtig wurde.[8]) Als Nachweis der Reziprozität genügt auch das Zeugniß einer untergeordneten Justizbehörde, insbesondere die diesfällige Erklärung des Gerichtes erster Instanz in dem an das

---

[6]) So sind in dem mit Serbien abgeschlossenen und am 27. Mai 1882 R. 88 kundgemachten Staatsvertrage gerichtliche Vergleiche (ar. X.), und gerichtlich bestätigte schiedsgerichtliche Erkenntnisse (ar. XI.) als wechselseitig vollstreckbar erklärt.

[7]) Über die Vollstreckbarkeit österreichischer Urtheile in Deutschland vergl. Franke, Zeit. f. deut. Z. P. 8, 1.

[8]) Menger a. a. O. 167 weist nach, daß das die Gewährung der Rechtshilfe auf Urtheile der Gerichte in Großbritannien ausschließende Hfd. v. 31. Jänner 1841 Nr. 595 unrichtig ist, weil die dortigen Gerichte fremde Urtheile vollziehen, allerdings nur über eine Klage, gegen welche jedoch nur der Nachweis der Inkompetenz, oder eines betrügerischen Vorganges bei Schöpfung des Urtheiles zugelassen wird. Die weitere Bemerkung, daß die Z. P. O. für Rußland (vom 20. Nov. 1864) die Exekution fremder Urtheile in liberalster Weise gestatte, erscheint unrichtig, denn ar. 1273 derselben bestimmt, daß fremde Urtheile dortlands nicht vollstreckt werden, es sei denn solches in Verträgen bestimmt. Vergl. Engelmann: Die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile, 1884.

Digitized by Google

österreichische Gericht geleiteten Ersuchsschreiben. Als die Rechtshilfe verweigernd können nur jene Staaten betrachtet werden, welche das österr. Urtheil schlechthin ignoriren, oder welche es bezüglich seiner Gesetzmäßigkeit einer Vorprüfung unterziehen;[9])

b) die Kompetenz des ausländischen Gerichtes, welches das Urtheil erlassen hat. Das österr. Recht entscheidet darüber, ob die Rechtssache eine Justiz- oder Verwaltungssache sei, und es ist die Rechtshilfe in solchen Sachen, welche nach österr. Rechte den Verwaltungsbehörden zufallen, zu versagen, weil in Verwaltungssachen Rechtshilfe ausgeschlossen ist. Das fremde Recht entscheidet über die sachliche Zuständigkeit des Gerichtes. Die örtliche Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes ist nicht nach dem Prozeßgesetze des bezüglichen Staates, auch nicht nach den in Österreich geltenden Kompetenzvorschriften, sondern nach völkerrechtlichen Grundsätzen zu beurtheiten.[10]) Im internationalen Verkehr ist unbestritten anerkannt das forum domicilii, und bezüglich Immobilien das forum rei sitae, mit Anfechtung angenommen das forum contractus, prorogatum und delicti commissi;

c) die Rechtskraft des Urtheiles. Ausgeschlossen wird hiermit die Exekution zur Sicherstellung auf Grund ausländischer Urtheile. Provisorische Exekutions- und Sicherungsverfügungen können in Oesterreich nur auf Grund eines Vertrages

---

[9]) So Frankreich laut Schreiben der österr. Gesandtschaft v. 7. Feber 1862 Z. 1551.

[10]) Bar: Das internationale Privat- und Strafrecht S. 431, 469. — Menger: Syst. S. 180. — Canstein: Lehrb. II. 776 erkennt das österr. Recht als maßgebend. — Die Praxis ist unsicher; die Ent. v. 18. Dez. 1883 Ger. Z. 1884 15 fordert, daß die Zuständigkeit nach ausländischen und österreichischen Jurisdiktionsbestimmungen begründet sei, — die Ent. v. 6. August 1884, Jur. Bl. 1885: 18 erkennt das österr. G. bezüglich der sachlichen (Handelsgerichtsbarkeit) und örtlichen Zuständigkeit maßgebend.

Digitized by Google

über Gewährung diesfälliger Rechtshilfe bewilligt werden; bloße Zusicherung der Reziprozität genügt dazu nicht.[11][12])

Für die Exekution ausländischer Urtheile ist das österr. Recht maßgebend.[13]) Daraus folgt: α) daß die Exekution nur bei Bestand jener Voraussetzungen bewilligt werden kann, von welchen die Exekution eines österr. Urtheiles bedingt ist (siehe §. 177); β) daß der Richter im Vollstreckungswege nicht einen Rechtszustand schaffen darf, welchen die österreichische Gesetzgebung ausschließt; γ) daß er nur jene Gewaltmittel gebrauchen darf, welche hierlands zugelassen sind: δ) daß die Exekution von Seite der Partei nach der Vorschrift der G. O. zu betreiben ist (Hfd. v. 18. Jänner 1799 Nr. 452).

Da die Kompetenz der ausländischen Gerichte in Ehesachen österr. Unterthanen nicht zu bezweifeln ist (Hfd. v. 23. Oktober 1801 Nr. 542), sind auch Urtheile ausländischer Gerichte in Ehesachen für den österr. Richter maßgebend (Grundlage der Exekution und bindende Präjudizialentscheidung), sofern die Entscheidung nicht der öffentlichen Ordnung widerstreitet. Als solche der öffentlichen Ordnung widerstreitende Entscheidungen erscheinen jene, die nach österr. Rechte unmöglich sind, z. B. die Trennung einer untrennbaren Ehe.[14]) Nicht zu prüfen hat der österr. Richter, ob das Verfahren des ausländischen Richters den diesfälligen

---

[11]) Die Ent. des Wiener O. L. G. v. 24. März 1884, Jur. Bl. 1884: 51 bedarf sonach einer Einschränkung.

[12]) Bezüglich Ungarns hat das Justiz M. mit Erlaß Z. 1857 ai. 1885 unter Hinweis auf die J. M. V. v. 23. September 1862 Z. 9627 angeordnet, daß in Hinkunft auch die österreichischen Gerichte, wenn sie von ungarischen Gerichten um Vollstreckung von Sicherstellungsexekutionen angegangen werden, diesem Ansinnen nicht zu entsprechen haben, Jur. Bl. 1885 S. 232.

[13]) Die über Ersuchen eines fremden Gerichtes zu vollziehende Exekution bestimmt sich im ganzen Verlaufe nach den Gesetzen des Vollzugsgerichtes, Ent. v. 26. Oktober 1882, Ger. Z. 1884: 81.

[14]) Ent. v. 18. November 1884, Jur. Bl. 1884: 51.

Digitized by Google

Anordnungen des österr. Rechtes entspreche, und ob die Entscheidung gesetzmäßig sei; er hat also auch nicht zu prüfen, ob das Urtheil von einem Umstande (Ungiltigkeits-, Trennungsgrund) ausgeht, welchen das österr. Recht für die fragliche Entscheidung voraussetzt, zumal sonst unüberwindliche Kollisionen geschaffen würden.

§. 177.

Die auf den Schuldtitel bezüglichen weiteren Voraussetzungen.

Die Zulassung der Zwangsvollstreckung auf Grund eines Spruches oder Vertrages setzt voraus:

1. daß der Spruch oder Vertrag seinem Inhalte nach vollstreckbar sei. Der Spruch muß zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung verpflichten; die Anerkennung oder Feststellung eines Rechtes veranlaßt keine Exekution, wohl aber ist sie nach der Sachlage Gegenstand der Eintragung in die öffentlichen Bücher;

2. daß der Spruch rechtskräftig, also suspensives Rechtsmittel ausgeschlossen, oder die Frist dazu abgelaufen sei. Das gilt auch für Ungehorsamsurtheile (Hfd. v. 13. Oktober 1783 Nr. 199), und für Urtheile auf Grund einer Submission (Hfd. v. 21. September 1792 Nr. 48). Wird die Exekution nicht bei dem Erkenntnißgerichte angesucht, so ist dem Exekutionsgerichte eine vollstreckbare Ausfertigung des Spruches vorzulegen. Es bedürfen daher einer Vollstreckungsklausel die Erkenntnisse der Strafgerichte (§. 373 St. P. O.), die Urtheile und Vergleiche der Gewerbegerichte (§. 75 G. v. 14. Mai 1869 R. 63), das Urtheil des O. L. Gerichtes im Syndikatsprozesse, und das von ihm erlassene Mandat im Rückersatzprozesse (§§. 18 und 24 G. v. 12. Juli 1872 R. 112), Gebührenzahlungsaufträge (V. v. 13. Dez. 1852 R. 256), nicht aber auch solche Sprüche, welche einer Anfechtung nicht unterliegen, wie Sprüche des obersten Gerichtshofes, des Reichsgerichtes, des Staatsgerichtshofes;

Digitized by Google

3. daß die zu exequirende Verpflichtung eine unbedingte sei. Ist ein Urtheil bedingnißweise ergangen, so wird ein zweites Urtheil über die Erfüllung der Bedingung gefordert, daher im bedingten Urtheile auf alsogleiche Bezahlung nicht erkannt werden darf (Hfd. v. 10. Feber 1785 Nr. 387); nur bei dem von einem Eide bedingten Urtheile bedarf es keines weiteren Urtheiles, sondern nur eines Gerichtszeugnisses darüber, ob der Eid abgelegt oder nicht abgelegt worden ist (Hfd. v. 15. Dezember 1794 N. 207). Ist in einem vollstreckbaren Vertrage (gerichtlicher Vergleich, Notariatsakt) eine Bedingung beigefügt, so genügt die Beibringung einer öffentlichen Urkunde über die Erfüllung der Bedingung (§. 4 Not. O.).

Ist die Verbindlichkeit gegen Sicherstellung vollstreckbar (§. 228 (302) G. O., ar. 73 Wechs. O.), so muß die Leistung der Sicherstellung und die Benachrichtigung des Verpflichteten davon durch öffentliche Urkunden ausgewiesen werden.

Ist die Leistung des Verpflichteten mit einer Gegenleistung des Berechtigten in Verbindung gebracht (§. 1052 b. G. B.), so ist, wenn bei der über das Exekutionsgesuch einzuleitenden Vernehmung die Erfüllung der Gegenleistung nicht ausgewiesen wird, [1]) der Vollzug der Exekution gegen Empfangnahme der Gegenleistung zur Abgabe in gerichtliche Verwahrung oder an einen gerichtlich bestellten Verwahrer anzuordnen.

Ist in dem exequirbaren Schuldtitel die Fälligkeit der Forderung bei Versäumung der rechtzeitigen Verzinsung oder der bestimmten Ratenzahlung angeordnet, so kann der Gläubiger die ganze Forderung bez. die Restforderungen im Exekutionswege beitreiben, ohne beweisen zu müssen, daß die Zinsen oder die Rate nicht berichtigt wurden. [2])

---

[1]) G. U. 7399.

[2]) Die erfolgte Zahlung hat der Exekut im Wege der Opposition geltend zu machen, Besch. v. 16. Oktober 1877, Jud. B. 100. — Schrutka: Praktische Rechtsfälle, S. 70.

Digitized by Google

Ist dem Schuldner ein Wahlrecht eingeräumt, so muß durch öffentliche Urkunden bewiesen werden, daß der Schuldner aufgefordert wurde, sich zu entscheiden, widrigens der Gläubiger eine bestimmte Sache beitreiben dürfe.

4. daß die Frist für die Erfüllung der Verbindlichkeit abgelaufen sei.

Die Bestimmung der Frist in einem Vertrage hängt von der Parteiwillkür ab, §. 300 (400); ist die Frist nicht kalendermäßig bestimmt, so ist der Eintritt des Zeitpunktes durch eine öffentliche Urkunde nachzuweisen (§. 4 Not. O.).

In einem Richterspruche (auch im Spruche des Strafgerichtes, des Staatsgerichtshofes, des Reichsgerichtes) ist die Frist, binnen welcher der Schuldige seiner Schuldigkeit Genüge leisten soll, zu bestimmen, §. 299 (399) u. z. regelmäßig auf 14 Tage, im Verfahren vor den Merkantilgerichten,[3]) sofern die Zahlung einer Handels- oder Wechselschuld befohlen wird, auf drei Tage (§. 10 des Pat. v. 9. April 1782 Nr. 41, §. 384 gal. G. O., Wechs. V. §. 12 I.). Keine Frist ist zu bestimmen, wenn eine Unterlassung aufgetragen ist: eine den Umständen entsprechende Frist ist festzusetzen, wenn es sich um die Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäftes handelt, §. 300 (400). In Bestandstreitigkeiten gilt Besonderes (§§. 17 bis 19 Best. V.).

Die im Spruche festgesetzte Frist läuft, wenn dagegen keine Beschwerde angebracht wird oder stattfindet, vom Tage nach der Zustellung, wenn aber dagegen Appellation oder Revision (oder Rekurs) eingebracht wird, vom Tage nach der Zustellung des Urtheiles der 2. bez. 3. Instanz (Hfd. v. 20. Dez. 1822 Nr. 1915). Wird die angemeldete Appellation oder Revision zurückgenommen, so läuft die Frist von der Verständigung hierüber; es ist das frühere Urtheil als obergerichtlich bestätigt zu betrachten. Ist die

[3]) Bagatellgerichte, also auch Handelsbagatellgerichte, haben eine Leistungsfrist von 8 Tagen zu bestimmen, §. 75 Bag. V.

Digitized by Google

Paritionsfrist kürzer als die Frist zum Rechtsmittel (in Merkantilsachen bei Handelsgerichten nach dem Pat. vom 9. April 1882 drei und acht Tage),[4]) so gilt die Erfüllungsfrist mit der Rechtsmittelfrist abgelaufen (Hfd. v. 20. Dezember 1822). — Ist der Spruch von einem Eide bedingt, so läuft die Leistungsfrist vom Tag der Eidesleistung, wenn der Gegner des Schwurpflichtigen in der Tagsatzung vertreten war, sonst von der Zustellung des Purifikationsbescheides.[5])

Ist aus Versehen die Paritionsfrist nicht bestimmt, so wird, im Falle Rechtsmittel eingelegt wird, das Obergericht den Fehler beheben; wird Rechtsmittel nicht eingelegt, so ist nach Verlauf der für das Rechtsmittel bestimmten Zeit die Exekution zu ertheilen (Hfd. v. 10. Feber 1885 Nr. 387).

§. 178.

Die Kompetenz zur Zwangsvollstreckung.

I. Kompetent ist für die Bewilligung der Exekution auf Grund

1. des Spruches eines österr. Zivilgerichtes, und des von einem solchen Gerichte abgeschlossenen Vergleiches, das Erkenntnißgericht (**judex cognitionis et etiam judex executionis**), §§. 6, 69 J. N.;

2. der gerichtlich bestätigten Beitragsberechnung im Konkurse einer Genossenschaft, das diesfällige Konkursgericht (§. 65 G. v. 9. April 1873 R. 70);

3. der Urtheile und Vergleiche der Gewerbegerichte, das Bezirksgericht des Standortes des Gewerbegerichtes (§. 75 G. v. 14. Mai 1869 R. 63);

4. der Vergleiche der Gemeindevermittlungsämter, das Bezirksgericht des Standortes des Vermittlungsamtes (Landes-G.

[4]) Nach §. 583 und 584 g. G. O. fällt beiderlei Frist von 3 Tagen zusammen.

[5]) G. U. 7657.

Digitized by Google

für Böhmen v. 10. Feber 1873 Nr. 12 L. G. Bl. in Anschluß an §. 8 G. v. 21. September 1869 R. 150);

5. der Urtheile im Syndikatsprozesse, und der Mandate im Rückersatzstreite, das nach den allgemeinen Grundsätzen zuständige Gericht erster Instanz, in dessen Sprengel die Exekution stattfinden soll (§§. 18 [21] und 24 G. v. 12. Juli 1872 R. 112);

6. der Urtheile der Schiedsrichter, der ordentliche Richter des Unterliegenden (Res. v. 31. Oktober 1785 Nr. 489, und §. 305 g. G. O.):

7. der Urtheile ausländischer Gerichte, der Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel die Exekution vollzogen werden soll, §. 70 J. N.;

8. der Urtheile und Vergleiche österr. Konsulate, das (Konsular-) Gericht, in dessen Bezirk die Exekution vollzogen werden soll (§. 11 V. v. 31. März 1855 R. 58).

Unbestimmt ist gelassen die Kompetenz für die Bewilligung der Exekution der Erkenntnisse der Strafgerichte, des Staatsgerichtshofes, des Reichsgerichtes, der gerichtlich vollstreckbaren Entscheidungen und Vergleiche der Verwaltungsbehörden, der Notariatsakte, und der Forderungen jener begünstigten Kreditinstitute, welche ohne gerichtliche Kognition exequirt werden. — Bei Abgang grundsätzlicher Kompetenzregelung für die Exekution muß zur Regel des §. 13. J. N. zurückgegangen, also das Gericht des Domizils des Exekuten, in Ermangelung eines solchen das Gericht des Aufenthaltes als zuständig betrachtet werden.[1]) Steht eine Eintragung in die öffentlichen Bücher, oder ein Realakt in Frage, so ist die Tabular- bez. Realinstanz zu Bewilligung berufen, §§. 49 und 51 J. N.[2]) Bei Feststellung einer Schuld in einer vollstreckbaren Urkunde (einem Notariatsakte, oder einer beglaubigten Schuldverschreibung zu Gunsten eines zu sofortiger Exekution berech-

[1]) Vergl. auch §. 401 g. G. O.

[2]) Exner: österr. Hypothekenrecht 332.

Digitized by Google

tigten Kreditinstitutes[3]) kann durch Parteierklärung der Gerichtsstand der Zahlung, und der Prorogation (§§. 43, 47 J. N.) begründet sein,[4]) doch ist, weil nicht mehr Kognition, sondern nur Exekution in Frage steht, die Zwangsvollstreckung nicht bei einem Kausalgerichte, sondern bei dem zur Verwaltung der allgemeinen Gerichtsbarkeit berufenen Gerichte anzusuchen.

Zerfällt die Exekution in mehre Stufen, so sind alle Stadien bei dem bezeichneten Gerichte anzusuchen. Eine Ausnahme, auf welche §. 69 J. N. Bezug nimmt, gilt nach §. 323 (428) für das Gesuch um Schätzung, und wie allgemein angenommen wird, auch für das Gesuch um exekutive Feilbietung von Immobilien und den gleichen Vorschriften folgenden Objekten. Es kann die Schätzung und Feilbietung bei jenem Gerichte, welches den ersten Exekutionsgrad bewilligt hat, oder unmittelbar bei der Real- als Vollzugsinstanz angesucht werden.

II. Das Gericht, welches die Exekution bewilligt, veranlaßt auch den Vollzug, u. zw. wenn es den dazu erforderlichen Gerichtszwang hat, durch entsprechenden Auftrag, wenn aber die Exekution in einem anderen Gerichtsbezirke, oder von einer anderen Realinstanz vorzunehmen ist, durch Ersuchschreiben an das Bezirksgericht, in dessen Sprengel der Vollzug fällt, oder an das Tabulargericht. Soll die Exekution in den kaiserlichen Hofgebäuden und Lustschlössern in Wien und der Umgebung, oder in der Wohnung einer eximirten oder exterritorialen Person vollzogen werden, so ist die Vornahme durch das Obersthofmarschallamt zu erwirken.

Den Zwangsakt vollzieht im Namen und unter Verantwortung des Gerichtes ein Richterkommissär, oder

[3]) Die gesetzlich genehmigten Statuten der Hypothekarkreditsabtheilung der österr.-ungar. Bank (§. 11 des Anhanges zum G. v. 27. Juni 1878 R. 66) verweisen die Bank an das in dem Schuldscheine festgesetzte Gericht.

[4]) Schrutka: Prakt. Rechtsfälle 60, anerkennt die Kompetenz des Gerichtes der Zwangsbereitschaft.

Digitized by Google

wenn es zureichend erscheint, ein Kanzleibeamte, oder ein Gerichtsvollzieher. Die k. k. Notare vollziehen als Gerichtskommissäre am Sitze der Gerichtshöfe schlechthin, sonst nach Ermessen des Gerichtes, gerichtliche Schätzungen von Mobilien und Immobilien, und die Feilbietung von Mobilien, wobei jedoch dem Gerichte die Erlassung der Feilbietungsedikte vorbehalten ist (§. 183 der Not. O. v. 21. Mai 1855 R. 94, V. v. 7. Mai 1860 R. 120, und ar. II. Not. O. v. 25. Juli 1871).

III. Selbstverständlich verhandelt das Gericht alle im Laufe der Exekution entstehenden Streitigkeiten, u. zw. regelmäßig jenes Gericht, welches zur Bewilligung der Zwangsvollstreckung berufen ist, und nur in den besonders hervorzuhebenden Fällen das Vollzugsgericht.

IV. Ist das Urtheil im Auslande zu vollziehen, so kann die Partei bei dem österr. Erkenntnißrichter die Beisetzung der Vollstreckungsklausel ansuchen, nöthigenfalls die Attestirung der Reziprozität bei dem Gerichte erster oder höherer Instanz, oder bei dem Justizministerium (§. 282 Patent v. 9. August 1854 R. 208) erwirken, und sohin unmittelbar im Auslande die Exekution anstreben; sie kann aber auch bei dem österr. Gerichte um die Veranlassung des Exekutionsvollzuges ansuchen, in welchem Falle das österr. Gericht das Ersuchschreiben (Hfd. v. 9. April 1813 Nr. 1035) nach den für die Korrespondenz mit den Gerichtsbehörden des bezüglichen Staates geltenden Normen expedirt. Regelmäßig korrespondiren die österr. Zivilgerichte mit den Gerichten im Auslande direkt (§. 202 Ger. J.), ausnahmsweise durch das Obergericht, oder im diplomatischen Wege. Zur Kürzung der letztbezeichneten Korrespondenzform ist in der V. v. 14. Oktober 1850 R. 393 bestimmt, daß sich die Gerichte in Angelegenheiten, welche lediglich Parteisachen betreffen und nicht von größerer Bedeutung sind, mit Umgehung des Obergerichtes, des Justizministeriums, und des Ministeriums des Äußern direkt an die k. k. Gesandtschaften bez. Konsulate zu wenden haben.

Digitized by Google

Wird von dem ersuchten ausländischen Gerichte Rechtshilfe verweigert oder zum Nachtheile der österr. Partei erschwert, so ist Vergeltung zu üben und zugleich dem Justizministerium Anzeige zu erstatten (Er. v. 22. Dezember 1854 Z. 19728).

§. 179.

Der Antrag auf Exekution.

I. Verlangen kann die Exekution der Kläger gegen den Beklagten, §. 301 (401),[1] weil nur das Begehren des Klägers rechtlich festgestellt ist.[2] — Der Beklagte ist Exequent bezüglich der ihm zuerkannten Prozeßkosten und im Falle der Kondemnation des Klägers über eine mit der Klagebeantwortung verbundene Widerklage. Beide Theile sind zum Antrag auf Exekution berechtigt bei einem judicium duplex, und bei einem Auftrag oder Urtheil auf Räumung oder Zurücknahme in Bestandstreitigkeiten (§§. 3, 11, 19 der V. v. 16. November 1858 R. 213). — Das rechtskräftige Einantwortungsdekret ist gegen die Miterben als Besitzer der Verlassenschaft exekutionsfähig.[3]

Ist im Konkurse eine angemeldete Forderung weder von der Gläubigerschaft noch von dem Gemeinschuldner bestritten, oder ist sie gegen die Bestreitenden im Prozeßwege festgestellt, so kann wegen derselben die Exekution auf das von dem Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses erworbene oder zu seiner Verfügung verbleibende Vermögen ohne neuerliches rechtliches Ver-

[1] Ist eine Handelsgesellschaft unter ihrer Firma geklagt und verurtheilt worden, so ist nur eine Klage, nicht aber sofortige Exekution gegen die solidarisch haftenden Gesellschafter zulässig, weil die Gesellschaft selbstständige Streitpartei ist. Ent. v. 2. Mai 1882, Sp. R. 108, und Ent. v. 5. Mai 1885, Gr. H. 1885: 24. Behrend, Handelsrecht, 1, 526. — Anders Canstein: Lehrb. II. 770.

[2] Ist also über Klage des Käufers der Verkäufer zur Lieferung gegen Zahlung verurtheilt, so kann nicht der Verkäufer auf Zahlung gegen Lieferung exequiren. Ent. des deut. Reichs-O. H. G. 21, 103.

[3] Ent. v 3. Januar 1884, Not. Z. 1885: 7.

Digitized by Google

fahren erwirkt werden (§. 55 Kon. O.). Die im Konkurse einer nach dem G. vom 9. April 1873 R. 70 konstituirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft als richtig festgestellte Forderung kann gegen die solidarisch haftenden Genossenschafter nur im Wege der Klage geltend gemacht werden (§§. 53, 62, 73 des Gen. G.). — Aufkündigungen, welche der Bestandnehmer nicht bestritten hat, und alle wider diesen erwirkten provisorischen Verfügungen, Bescheide und Urtheile sind auch gegen dessen Afterbestandnehmer vollstreckbar, (§. 21 Best. V.)

Ist nach der Erlassung des Urtheiles an die Stelle des Klägers ein Erbe oder sonstiger Rechtsnachfolger getreten, so hat dieser zur Erzielung der Exekution regelmäßig zunächst einen Spruch für sich zu erwirken.[4]) Ein neuerlicher Prozeß ist nicht nothwendig, wenn der Rechtsübergang durch öffentliche Urkunden festgestellt ist (§. 4 Not. O.), z. B. durch verlassenschaftsbehördliche Zuweisung, oder durch gerichtliche Ermächtigung desjenigen, welchem der Nachlaß anvertraut ist, zur Eintreibung der Forderung.

Ist der Kondemnirte gestorben, so hat die Exekution gegen den Nachlaß statt, sobald dieser durch einen erbserklärten Erben oder durch einen Kurator (§. 811 b. G. B.) vertreten ist. Wurde die streitige Sache im Zuge des Verfahrens veräußert, so ist die Exekution nicht behindert, wenn der Effekt des Rechtsstreites durch eine Eintragung in die öffentlichen Bücher gegen den Rechtsnehmer gesichert ist; andernfalls gilt §. 378 b. G. B.

Die Exekution kann der Kläger nach Ablauf der Leistungsfrist ansuchen wann immer; nur die Exekution der bedingten Zahlungsbefehle ist auf sechs Monate von der Zustellung beschränkt (§. 1 Mahn-V.).[5]) Wird die Exekution erst nach vielen Jahren

[4]) Nach der Sachlage allenfalls mittelst einer Exekutivklage G. U. 3153.

[5]) Die Exequirbarkeit der Aufträge und Urtheile auf Räumung und Zurücknahme in Bestandstreitigkeiten (s. §. 155) entfällt zu Folge der stillschweigenden Erneuerung des Bestandvertrages.

Digitized by Google

angesucht, so erscheint die Bewilligung derselben bedenklich, daher ist vorerst Termin zur Vernehmung der Streittheile anzuordnen;[6] — immer ist dem Exekuten vorbehalten, die Erlöschung des Rechtes des Exequenten (auch die durch Verjährung des urtheilsmäßigen Rechtes) im Wege der Opposition geltend zu machen.

II. Die Exekution österreichischer Schuldtitel erfolgt über Gesuch. Dieses ist regelmäßig schriftlich anzubringen (Hfd. v. 5. April 1791 Nr. 134); mündliches Ansuchen ist zugelassen auf dem flachen Lande (Hfd. v. 1. August 1818 Nr. 1481), in summarisch verhandelten Rechtssachen (§. 52 Summ. V.), folgeweise auch im Mand. V. (§. 8 I.), in Bestandstreitigkeiten (§. 12), im Bagatell-V. (§. 87) und im Mahn-V. (§. 18), wohl auch im Besitz. V. (§§. 3 und 17), nicht auch im Wechselverfahren (§. 12 I.). — Das schriftliche Gesuch ist regelmäßig zweifach einzureichen;[7] sind von dem Vollzuge der Exekution dritte Personen zu verständigen (Einantwortung, Beschlagnahme von Bezügen), so sind die dazu erforderlichen Ausfertigungen beizuschließen. Erfolgt der Exekutionsvollzug durch Eintragung in die öffentlichen Bücher, so muß das Exekutionsgesuch bezüglich der Ausfertigung und der Beilagen den Anforderungen an Tabulargesuche entsprechen. Rechtsfreundlicher Fertigung bedarf das Gesuch in den Hauptstädten (in Orten, wo zwei Advokaten bestehen), und in allen Fällen, in welchen in dem vorhergegangenen Prozesse auf Seite des Exequenten ein Rechtsfreund eingeschritten ist (Hfd. v. 30. März 1842 Nr. 603).

Das Gesuch hat den Nachweis der Voraussetzungen für die Exekution, und ein bestimmtes Begehren um eine der in der G. O. zugelassenen Exekutionsarten zu enthalten. Die Vorlage

---

[6] G. U. 7486.

[7] Anders Canstein: Lehrb. II. 795.

Digitized by Google

der Ausfertigung des Urtheiles in Bagatellsachen ist dann nicht erforderlich, wenn das Urtheil in Anwesenheit beider Theile verkündigt wurde (§. 87 Bagatell-V.). Ein Nachweis über den Zeitpunkt der Zustellung zur Beurtheilung der Rechtskraft ist nicht nothwendig, wenn die Exekution bei dem Erkenntnißgerichte angesucht wird (Hfd. v. 10. November 1804 Nr. 702). Bei dem Ansuchen um weitere Exekutionsstadien ist der Vollzug der vorausgehenden Stadien auszuweisen (§. 427 g. G. O.).[9][9]).

Die Kosten der Exekution fallen, soweit sie nothwendig sind, dem Exekuten zur Last; sie können im Exekutionsgesuche liquidirt und zugleich mit dem zu vollstreckenden Hauptanspruche beigetrieben werden;[10]) dem Exequenten steht aber auch frei, den Ersatz der Exekutionskosten erst nach Vollzug und allenfalls für mehre Exekutionsschritte zusammen zu liquidiren.[11])

Das Exekutionsgesuch wird regelmäßig ohne Vernehmung des Gegners mit Bescheid erledigt, und wenn die Zwangsvollstreckung bewilligt wird, der Vollzug veranlaßt. Eine Verhandlung ist einzuleiten, wenn im Bestandverfahren die Exekution einer Aufkündigung angesucht wird, über welche lediglich eine Privaturkunde vorliegt, zur Feststellung der Echtheit der Bescheinigung (§. 20 Best. V.); weiter dann, wenn um Exekution eines Schiedsspruches angesucht wird, über die Rechtsbeständigkeit des Kompromisses und die Rechtskraft des Spruches;[12]) endlich, wenn

[9]) Die Bewilligung weiterer Exekution ist zwar durch den Nachweis, daß der frühere Exekutionsakt vollzogen, nicht aber dadurch bedingt, daß der Bescheid, womit der letztere bewilligt wurde, rechtskräftig geworden sei, Ent. v. 3. Feber 1886, Ger. Z. 1886 : 12.

[9]) In demselben Gesuche kann auch kumulativ die Exekution verschiedener Urtheile von demselben Exequenten gegen denselben Exekuten begehrt werden, G. U. 3918.

[10]) Obwohl gegen den Zuspruch noch Rekurs offen steht, Ent. vom 7. März 1882, Ger. H. 1882: 59.

[11]) G. U. 5638.

[12]) Menger: System 309.

Digitized by Google

es sich um die Exekution eines Spruches auf Duldung oder Unterlassung handelt. Nach der Sachlage ist eine Vernehmung der Parteien anzuordnen, wenn lange nach Rechtskraft des Spruches um Exekution angesucht wird, und wenn die beizutreibende Leistung von einer Gegenleistung des Exequenten bedingt ist.

Von der Bewilligung der Exekution wird der Exequent sofort,[13]) der Exekut bei dem Vollzuge, und dritte Personen, sofern sie durch den Exekutionsvollzug betroffen werden, verständigt. Geboten ist a) bei Bewilligung des ersten Exekutionsaktes gegen eine Gemeinde die Verständigung des ihr gesetzlich übergeordneten Vertretungskörpers (M. E. v. 29. April 1864 Z. 3563);[14]) — b) bei Bewilligung der Exekution einer Notariatskaution die Verständigung der Notariatskammer (§. 26 Not. O.); — c) bei Bewilligung der Exekution gegen eine Anstalt, welche Pfandbriefe unter Staatsaufsicht emittirt, die Verständigung des Regierungskommissärs behufs Wahrung der Rechte der Pfandbriefbesitzer (G. v. 24. April 1874 R. 49); — d) bei Bewilligung der Exekution der Besoldung eines landesfürstlichen, ständischen (Landes-) oder städtischen Beamten die Benachrichtigung des Vorgesetzten, §. 350 (463).

III. Um die Vollstreckung eines ausländischen Urtheiles kann die obsiegende Partei selbst, oder aber das auswärtige Gericht ansuchen; doch hat der österreichische Richter auch im Falle amtlichen Ersuchens die Vollstreckung nicht auf sich zu nehmen, sondern nur insoweit einzuschreiten, als die G. O. bei inländischen Parteien dem Richter vorschreibt (Hfd. v. 18. Jänner 1799 Nr. 452). Da das österreichische Gesetz die Partei verpflichtet, das Exekutionsobjekt und die Exekutionsart zu bestimmen, und

[13]) Von einer Eintragung in die öffentlichen Bücher werden alle Betheiligten erst nach Vollzug des Eintrages verständigt.

[14]) In der Ent. v. 21. Oktober 1882, Spruchp. 8, 39 ist wohl unrichtig angenommen worden, daß die Unterlassung der Verständigung die Nullität des Exekutionsverfahrens begründe.

Digitized by Google

die einzelnen Stadien der Zwangsvollstreckung besonders anzusuchen, so ist in dem Falle, als im Ersuchsschreiben das Exekutionsobjekt der G. O. entsprechend bezeichnet ist, die Pfändung oder der sonstige Exekutionsakt sofort zu bewilligen und zu vollziehen, wenn aber der Gegenstand der Exekution nicht bezeichnet ist, der ausländischen Partei ein Vertreter zu bestellen, welcher ein gerichtsordnungsmäßiges Exekutionsgesuch anzubringen hat. Die Fortsetzung der Exekution hat jedenfalls der so bestellte Vertreter gesetzmäßig zu betreiben. Von der getroffenen Anordnung ist das die Exekution anstrebende auswärtige Gericht zu verständigen, und dabei der ausländischen Partei freizuhalten, sich mit dem hierlands bestellten Vertreter ins Einvernehmen zu setzen, oder einen anderen Bevollmächtigten zu bestellen. Zugleich ist für die Sicherung der Gebühren und Vertretungskosten vorzusorgen, also ein Vorschuß abzuverlangen. Kann dem Ersuchsschreiben nicht stattgegeben werden, so ist es nicht schlechthin abzuweisen, sondern unter Berufung auf das Gesetz dem ausländischen Gerichte bekannt zu geben, welche Anstände obwalten, und was allenfalls noch nachzutragen oder zu erörtern wäre (Hfd. v. 15. Feber 1805 Nr. 711).

Die Bewilligung sofortiger Zwangvollstreckung in Erledigung des Parteigesuches oder des gerichtlichen Ersuchsschreibens hat nur statt, wenn ein Delibationsverfahren der Exekutionsbewilligung nicht vorauszugehen hat, so wenn es sich um Urtheile der Gerichte in Ungarn (J. M. E. v. 23. September 1862 Z. 9627),[15]) in Bosnien und der Herzegowina (M. E. v. 7. Dez. 1879 Z. 18271) und in Rumänien (V. v. 27. Oktober 1871 R. 131) handelt.

In anderen Fällen geht der Bewilligung der Exekution ein Vorverfahren, eine Parteiverhandlung voraus, welche bald durch

---

[15]) Die zahlreichen Ministerialerlässe zur Behebung von Anständen in Geller: Justizgesetze.

Digitized by Google

ein Gesuch (Italien, V. v. 22. Jänner 1853 R. 13 und v. 29. September 1879 R. 120), bald durch eine Klage (deutsches Reich, Er. v. 28. März 1880 Z. 3938, — Serbien, Staatsvertrag v. 6. Mai 1881 R. 88; — Großbritannien)[16] eingeleitet wird.[17] Gegenstand dieser Vorverhandlung ist die Feststellung, daß das Urtheil von dem kompetenten Gerichte gefällt wurde, demselben die gesetzmäßige Ladung der Parteien vorausging, die Parteien gesetzmäßig vertreten waren, und das Urtheil keine Bestimmung enthält, welche nach dem österreichischen Rechte nicht erzwungen werden darf.[18]

II. Exekutionshinderung.

§. 180.

1. Durch Thatsachen.

Die Exekution wird gehindert:

a) durch ein vom Gesetzgeber bewilligtes Moratorium;

b) durch die Gläubigerkonvokation im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung, §§. 813—815 b. G. B.;[1]

c) durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners. Die Eröffnung des Konkurses steht der Exekution von Urtheilen, mit welchen Eigenthum an einer Sache zuerkannt ist, die sich in der Masse befindet, und der Geltendmachung der bereits vor der Konkurseröffnung erworbenen Pfand- und Reten-

---

[16] Vergl. bezüglich des Hfd. v. 31. Jänner 1842 Nr. 595 Menger: System 167 Note 3. (s. oben § 176, Nte. 8).

[17] Im Verfahren wegen Anerkennung der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urtheiles kann die Bestellung einer aktorischen Kaution nicht begehrt werden, Ent. v. 12. Mai 1882, Sp. R. 122.

[18] Wenn die äußeren Erfordernisse der Vollstreckbarkeit fremder Urtheile erfüllt sind, können materielle Einwendungen nicht mehr zugelassen werden; Ent. v. 16. Juli 1885, Jur. Bl. 1885: 35, auch Ent. v. 30. Januar 1884, Ger. Z. 1884: 15.

[1] Anders G. U. 957, 1442, 5409.

Digitized by Google

tionsrechte nicht entgegen.[2]) Wohl aber darf nach der Konkurseröffnung auf das in die Masse gehörige Vermögen ein Verbot, ein Sicherungsmittel oder eine Exekution nicht erwirkt, und selbst eine vorher bewilligte Exekution nicht mehr vollzogen werden (§§. 11, 12 Kon. O.); die bis zum Tage der Konkurseröffnung bei dem Tabulargerichte eingelangten Gesuche um Einverleibung und Vormerkung sind aber allerdings noch ordnungsmäßig zu erledigen (§§. 29, 93 Gb. O.).

Der Masseverwalter kann verpfändete Mobilien durch Vollzahlung einlösen; — er kann, wenn der Pfandgläubiger seine Forderung zugleich als Konkursgläubiger geltend macht, die Herausgabe der Pfandstücke zum Zwecke der Veräußerung verlangen; — er kann bei Hypotheken an Stelle des säumigen Gläubigers in die Exekution eintreten (§. 165 K. O.).

Der Konkurs über das Vermögen des Schuldners, dessen Rechtshandlungen anfechtbar sind, schließt die Anfechtungsklage eines Gläubigers desselben, und auch die Exekution des auf Grund einer solchen Klage bereits ergangenen Urtheiles aus, wenn nicht der Gläubiger bereits Befriedigung oder Sicherstellung erlangt hat; das Anfechtungs- und Exekutionsrecht übergeht auf den Masseverwalter (§. 42 G. vom 16. März 1884 R. 36).

d) wenn der Zwangsvollstreckung ein Strafurtheil zu Grunde liegt, durch den Beschluß, welcher die Wiederaufnahme des Verfahrens anordnet; während der Dauer der wieder aufgenommenen Verhandlung ist nur Exekution zur Sicherstellung zulässig (§. 358 Straf. P. O.). — Gleiche Hemmung tritt auch ein bei Einleitung eines Strafverfahrens, welches auf die zu exequirende zivilrechtliche Entscheidung einen wesentlichen Einfluß üben könnte (Hfd. vom 6. März 1821 Nr. 1743),[3]) und bei der remonstrativen Nichtig-

[2]) Die Konkurseröffnung hindert nicht die Vornahme der Meistbotsvertheilung, G. U. 4052, auch nicht die Relizitation G. U. 2830.

[3]) Nicht hemmend wirkt die bloße Strafanzeige, G. U. 4688, strafgerichtliche Vorerhebung, G. U. 5590.

Digitized by Google

keitsbeschwerde wegen Prozeßunfähigkeit der Streitpartei (Hfd. v. 4. Juni 1789 Nr. 1015 und v. 14. Oktober 1803 Nr. 629).[4] — Eine Klage bei dem Zivilrichter um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat in keinem Falle die Wirkung, daß andurch die Exekution gehemmt werde (Hfd. v. 25. August 1783 Nr. 179, v. 14. November 1785 Nr. 495 und v. 1. Dezember 1788 Nr. 923);[5] wohl aber hat hemmende Wirkung die Bewilligung der Restitution.

§. 181.

2. Durch Rechtsmittel.

I. Gegen die gerichtliche Verfügung, mit welcher die Exekution, und eine Anordnung im Laufe derselben bewilligt oder verweigert wird, steht Rechtsmittel zu, und zwar normal Rekurs, und in jenen Ausnahmsfällen, wo die Exekutionsbewilligung über Klage mit Urtheil erfolgt, Appellation und Nullitätsbeschwerde. Berechtigt zur Beschwerde sind alle, welche von der Exekution direkt betroffen werden.[1] Die Praxis nimmt an, daß die für den Rekurs im Erkenntnißverfahren geltenden Anordnungen auch auf den Rekurs im Exekutionsverfahren anzuwenden seien, beschränkt also den Rekurs bei vorausgegangenen Wechselverfahren auf 3 Tage,[2] bei Summar-, Mandats- und Bagatellverfahren auf 8 Tage mit Ausschließung des a. o. Rekurses,[3] und läßt diese Rechtsmittelbeschränkung auch gelten, wenn es sich um Bewilligung des exekutiven Pfandrechtes an Immobilien handelt.[4] Es besteht kein Grund, den Rekurs gegen Be-

[4] G. U. 8187.

[5] G. U 8284, 8309.

[1] Der Sequester ist als solcher zum Rekurse nicht berechtigt, G. U. 6544, 6547.

[2] Besch. v. 13. Oktober 1874, J. B. 90.

[3] Ent. v. 3. September 1872, Sp. R. 19 — und vom 24. Juni 1873, Sp. R. 54.

[4] Ent. v. 24. Dezember 1872, Sp. R. 35.

Digitized by Google

scheide des Vollzugsgerichtes anders zu behandeln, als den Rekurs gegen Bescheide des Erkenntnißgerichtes,[5]) wohl aber können die Bestimmungen über das Streitverfahren nur auf das Verhältniß der Streitparteien zu einander Anwendung finden, daher die allgemeinen Bestimmungen über Rekurs in Streitsachen gelten, wenn dritte Personen zum Rekurse Anlaß finden,[6]) und wenn die Zwangsvollstreckung in das Stadium des Vertheilungsverfahrens getreten ist.

Der Rekurs hemmt die Exekution nicht; der Richter sistirt aber die Vollstreckung, wenn widrigens der günstige Erfolg des Rekurses vereitelt, oder den Parteien ein keinen Ersatz zugebender Nachtheil erwachsen würde (Hfkzd. vom 2. März 1799 Nr. 459).

II. Der Exekution kann der Exekut entgegentreten mit Opposition.

Behauptet der Exekut den Nichtbestand des im Urtheile festgestellten Rechtes auf Grund von Thatsachen, welche vor das Urtheil fallen, so hat er lediglich die Rechtshilfe der Wiedereinsetzung nach §. 372 (489). Behauptet er aber, daß das zu exequirende Recht durch Thatsachen, welche dem Urtheile oder Vergleiche nachgefolgt sind, erloschen sei (Zahlung, Verzicht, Novation, Verjährung,[7]) so kann er opponiren,[8]) u. z. auch dann, wenn der Exekutionsbescheid bereits rechtskräftig ist.[9])

Die Opposition erfolgt normal mit Klage, in welcher der Erlöschungsgrund ausgeführt und die Bitte gestellt wird, das Gericht wolle das Urtheils- und Exekutionsrecht für erloschen erklären und den Exequenten schuldig erkennen, die Kosten dieses

---

[5]) Anders der in Note 2 bezogene Beschluß, J. B. 90.

[6]) G. U. 6495, Ent. v. 22. April 1885, Jur. Bl. 1885: 27.

[7]) G. U. 5993.

[8]) Opposition ist auch bei theilweisem Erlöschen des Exekutionsrechtes zulässig, Ent. v. 7. August 1883, Spruchp. 1, 119

[9]) G. U. 1621.

Digitized by Google

Streites, und bei Vorgang **mala fide** auch den aus der Exekution erwachsenen Schaden zu ersetzen. Zuständig ist jenes Gericht, welches den ersten Exekutionsgrad bewilligt hat §. 71 J. N.; es hat für die Streitigkeit über die Exekution jenes Verfahren einzuleiten, in welchem die Streitsache selbst verhandelt wurde.[10]) Der Lauf der Exekution wird durch diesen Streit gegen den Willen des Exequenten nicht gehemmt. — Vermag aber der Exekut den Erlöschungsgrund durch vollkommen beweisende Urkunden darzuthun, so kann er mit Gesuch die Einstellung der Exekution verlangen. Hierüber hat das Gericht die weiteren Exekutionsschritte sofort zu sistiren und eine Tagsatzung auf kurze Frist anzuordnen, sonach mit Bescheid zu erkennen, ob die Exekution entfalle (Hfd. v. 22. Juni 1836 Nr. 145). Der um den Vollzug der Exekution ersuchte Richter kann auf Grund vollbeweisender Urkunden die Exekution vorläufig einstellen, §. 72 J. N.; doch hat er die Partei anzuweisen, binnen bestimmter Frist die Sistirung der Exekution bei dem zur Entscheidung über die Opposition berufenen Erkenntnißrichter zu erwirken.

Über die im öffentlichen Rechte wurzelnden Verbindlichkeiten hat das Gericht nicht zu entscheiden; die zur Beitreibung solcher Forderungen über Ansuchen der Verwaltungsbehörde eingeleitete Exekution darf das Gericht nicht hemmen; eine Opposition erscheint bei Gericht nur zulässig, wenn sich der Exekut auf Thatsachen beruft, welche dem Ansuchen um Exekution nachgefolgt sind.[11])

Den über Ansuchen eines zu sofortiger Exekution berechtigten Kreditinstitutes[12]) eingeleiteten Zwangsvollstreckungen kann der Exekut bei vollkommen beweisenden Urkunden mit Oppositions-

---

[10]) Hfd. vom 1. Aug. 1818 Nr. 1481, auch Hfd. vom 23. Juni 1847 Nr. 1069.

[11]) **Pražák** Spory 121, 122, 236.

[12]) S. oben §. 176. II. 3.

Digitized by Google

gesuch, sonst mit Oppositionsklage entgegentreten: auf das über diese Opposition einzuleitende Verfahren sind die Bestimmungen über summarisches Verfahren anzuwenden (s. §. 138 I. 2).

III. Der Exekution können dritte Personen wegen stärkerer Rechte an den Exekutionsobjekten entgegentreten.

a) Die Gläubiger solcher Anstalten, welche unter staatlicher Aufsicht Pfandbriefe ausstellen, haben nur ein eventuelles Recht auf jene Vermögensobjekte, welche statutenmäßig zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe dienen. Wird daher gegen eine solche Anstalt Exekution geführt, so hat das Gericht den Regierungsvertreter zu verständigen, und diesem obliegt, wenn nöthig die Einschränkung der Exekution zu verlangen, und sobald er die Rechte der Pfandbriefbesitzer gefährdet erachtet, die Bestellung eines Kurators zu veranlassen (§§. 1 und 2 G. v. 24. April 1874 R. 48).

b) Sachen, die im Besitze dritter Personen sich befinden, dürfen gegen deren Willen nicht exequirt werden; [13]) eine etwa vorgenommene Exekution ist über Gesuch sofort zu beheben. [14]) Dagegen ist die Exekution, ungeachtet die Einwendungen dritter Personen, an allen Vermögensstücken zu vollziehen, welche bei der Vornahme in dem Besitze des Schuldners angetroffen werden, wenn nicht der Exequent von der Einbeziehung einzelner Objekte absieht; nur sind bei der Pfändung alle angemeldeten Ansprüche dritter Personen anzumerken, und diese von der Bewilligung der weiteren Exekutionsschritte zu verständigen und dadurch zur Wahrung ihrer Rechte zu veranlassen. Das diesfällige Hfd. v. 29. Mai 1845 Nr. 889 hat allerdings nur Mobilarexekutionen im Auge; [15]) es hat aber auch Anwendung bei Immobilarexekution. [16])

[13]) Der Sequester gilt nicht als solcher Drittbesitzer.

[14]) G. U. 1219, 1637, 1766, 1828, 2166, 2254, 2522, 6207, 6648.

[15]) Auch Baarbeträge sind Objekt der Exzindirung, Ent. v. 8. Juli 1885, Ger. H. 1885: 43.

[16]) Ent. v. 30. Juli 1872 Sp. R. 13, G. U. 5914, 6357, 6424.

Digitized by Google

Wer sich nun durch den Vollzug der Exekution in seinem „Besitze, Eigenthume oder anderen Rechten für gekränkt" hält, hat die Aufhebung der Exekution mit Klage zu erwirken,[17]) mit welcher auch die Klage gegen den Exekuten auf Herausgabe der Sache verbunden werden kann. Eine (Entpfändungs-, Exzindirungs-) Klage ist also nicht bloß zugelassen bei Eigenthum eines Dritten, sondern auch bei Besitz und anderen Rechten; sie ist nicht nothwendig Entpfändungsklage, weil sie auch bei zeitlichem Rechte am Exekutionsobjekte zusteht.

Zuständig für die sog. Entpfändungsklage ist elektiv das Gericht, welches die Exekution bewilligt, oder welches sie über Ersuchen vollzogen hat §. 72 J. N.; die gerichtliche Kompetenz ist auch begründet im Falle einer verwaltungsbehördlichen Exekution. Handelsgerichte[18]) und Bagatellgerichte[19]) können sich der Verhandlung solcher Klagen nicht entziehen. Die Verhandlung erfolgt in der für dieses Gericht, bez. für diese Streitsache gebotenen bez. zugelassenen Verfahrensart. Für den Zuspruch der Prozeßkosten[20]) ist der Ausgang des Streites maßgebend.[21])

Die Klage hemmt die Exekution nicht; doch kann der Kläger bei jenem Gerichte, bei welchem er die Klage angebracht hat (auch gleichzeitig mit derselben), um Sistirung der weiteren Exekution bezüglich der zu exzindirenden Objekte ansuchen, und diese ist zu bewilligen, wenn aus dem Vollzug der Exekution unersetzlicher Schade droht,[22]) und der Kläger sein Recht aus-

[17]) Schrutka: Zur Analyse der Exzindirungsklage, in Grünhuts Z. 13, 298.

[18]) Ent. v. 28. Jänner 1873, Sp. N. 37.

[19]) Kind, in den Mittheil. d. deut. Jur. V. 1883, 121.

[20]) Dr. B.: Die Kosten der Exzindirungsprozesse, Ger. Z. 1885: 35.

[21]) G. U. 6157. Wenn der geklagte Exequent um Auflassung der Exekution nicht außergerichtlich angegangen wurde und auf die Klage submittirt, trägt der Kläger die Klagekosten G. U. 6404.

[22]) Die Sequestration der Früchte wurde für ausreichend erkannt, Ent. v. 21. Jänner 1873, Sp. N. 39.

Digitized by Google

reichend bescheinigt, oder bei Unzulänglichkeit der Bescheinigung für den aus der Sistirung resultirenden Schaden Sicherheit leistet.[23])

IV. Der Exekution eines Notariatsaktes kann der Exekut entgegentreten:

1. mit Rekurs gegen den Exekutionsbescheid, wenn die Voraussetzungen für die Exekutionsbewilligung offenbar fehlen, oder der Richter in der Bewilligung der Exekution gegen die G. O. verstößt;

2. mit Opposition, wenn das Recht des Exequenten durch Thatsachen erloschen ist, welche der Ausfertigung des Notariatsaktes nachgefolgt sind;

3. mit Klage, in welcher die Exekutionskraft des Notariatsaktes bestritten wird, weil er mit Verletzung solcher Vorschriften aufgenommen oder ausgefertigt wurde, von deren Beobachtung die Kraft des Aktes als einer öffentlichen Urkunde, oder die Exekutionsfähigkeit abhängig ist. Mit Bezug auf diesen Rechtsstreit kann die vorläufige Einstellung der Exekution erfolgen, wenn die klageweise gerügten Mängel durch vollbeweisende Urkunden (Disziplinar- und Straferkenntnisse), oder gerichtlichen Augenschein (Einsicht in die Urschrift des Notariatsaktes) liquid gestellt werden;

4. mit Klage, in welcher der Rechtsbestand des im Notariatsakte enthaltenen Geschäftes nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angefochten wird.[24])

Rekurs und Opposition folgen den allgemeinen Anordnungen.[25]) Die Klage zur Bestreituug der Exekutionskraft des

---

[23]) Der Mangel jeder Bescheinigung wird durch Kautionserlag nicht ersetzt, Ent. v. 12. August 1884, Ger. Z. 1884: 98, und Ent. v. 1. Oktober 1885, Sp. R. 129.

[24]) Motive zur Not. O. S. 19. Die im §. 3 Not. O. erfolgte Gleichstellung mit gerichtlichen Vergleichen dient also nur zur Veranschaulichung der Exequirbarkeit.

[25]) Die Praxis G. U. 6807, 6843 läßt die gekürzte Rekursfrist gelten, wenn in der Streitsache eine der außerordentlichen Verfahrensarten statt hätte.

Digitized by Google

Notariatsaktes, und des Rechtsbestandes des in demselben enthaltenen Geschäftes gehören zu dem „nach den Prozeßgesetzen zuständigen Gerichte“ §. 4 Not. O., also im Laufe der Exekution zum Exekutionsgericht, vor Beginn der Exekution zur Personalinstanz, ev. zum forum solutionis oder prorogatum.

III. Der Exekutionsvollzug.

§. 182.

Allgemeines.

I. Die Exekution ist ein selbstständiges Prozeßstadium, und für alle Verfahrensarten gleich. Nur bezüglich der Mobiliarexekution ist eine Beschleunigung vorbedacht im Summ. V. (§§. 53, 54), und sohin auch im Wechs. V. (§. 12 I.), im Mandats-V. (§. 8 I.), Bestand-V. (§. 12), Bag. V. (§. 12) und Mahn-V. (§. 18); es ist da gestattet, mit der Pfändung zugleich die Schätzung anzusuchen, und sind zur Feilbietung von Mobilien nur zwei Termine anzuordnen.

Für die Exekution ist vor Allem maßgebend der Inhalt des zu vollstreckenden Schuldtitels. Die Exekution ist verschieden, jenachdem eine unvertretbare Handlung, eine Sachleistung nicht in Geld, oder eine Geldleistung zu erzwingen ist.

Die Zwangsmittel sind gesetzlich bestimmt und geordnet. Maßregeln, welche das Gesetz nicht vorbedacht hat, bleiben ausgeschlossen, auch wenn sie mit der öffentlichen Ordnung vereinbar erscheinen.

Bei gesetzlicher Konkurrenz von Zwangsmaßregeln steht dem Kläger das Wahlrecht zu. Häufung von Zwangsmaßregeln ist zugelassen bei Exekution von Geldforderungen; der Gläubiger kann, auch wenn seine Forderung mit einem Pfande bedeckt ist, andere Vermögensobjekte seines Schuldners in Exekution ziehen (§. 411 g. G. O.); er kann von einer bereits begonnenen Exekution zurücktreten und eine andere Exekution bewirken, §. 319 (420).

Digitized by Google

Dasselbe Exekutionsobjekt kann von verschiedenen Gläubigern gleichzeitig oder nacheinander exequirt werden, in welchem Falle gleichzeitig erworbene Rechte neben einander, sukzessiv erworbene Rechte nach einander zur Befriedigung gelangen.

In Folge des Grundsatzes, daß der Richter nur über Antrag und nach Maßgabe desselben Amt handelt, ist im Exekutionsgesuche jene der gesetzlich zugelassenen Exekutionshandlungen bestimmt zu bezeichnen, welche der Kläger vollzogen wissen will; ohne solches Begehren hat die Exektion nicht statt.

II. Für die Personal- und Realexekution gelten gesetzliche Beschränkungen.

A. **Personalarrest** ist von der G. O. zugelassen als Disziplinarmittel, als Sicherungsmittel bei Fluchtverdacht Schulden halber, §. 275 (366), und als Zwangsmittel bei Eintreibung von Geldforderungen, §. 348 (461) und zur Realisirung einer unvertretbaren Handlung, §. 310 (410).[1])

Der Arrest als Disziplinarmittel ist Strafe und fällt hier nicht weiter in Betrachtung.

Der provisorische und der exekutive Arrest Schulden halber ist ein Arrest im Interesse des Gläubigers; er ist nur über des Gläubigers Ansuchen zulässig, und auf dessen Kosten zu vollziehen, wenn sich der Schuldner nicht selbst erhalten kann; der Gläubiger kann den Arrest beliebig erleichtern.

Der Arrest zur Realisirung einer unvertretbaren Handlung erscheint als „Zwangsmittel, eine gerichtliche Anordnung in Ausübung zu bringen" (Hfkzd. v. 18. Mai 1841 Nr. 538). Er ist Exekutionsmittel, daher nur über Ansuchen zu verhängen und zu vollziehen; der Vollzug des Arrestes aber ist

---

[1]) Der Arrest ist verschiebbar bei vorhandener Lebensgefahr (Schwangerschaft) G. U. 2393; — Die Erkrankung hat keine Unterbrechung des Arrestes, sondern nur Übergabe an die Krankenanstalt zur Folge. G. U. 581, 637.

Digitized by Google

Amtssache; der Arrest ist der Geldstrafe beigeordnet, deren Nachsicht und Mäßigung dem Gerichte nicht vorenthalten werden wollte (Hfkzd. v. 18. Mai 1841); der Arrest kann also gegen den Willen des Exequenten nachgesehen werden, wenn der beabsichtigte Erfolg unmöglich erscheint, oder sonst Gründe für die Nachsicht sich ergeben.[2]) Wie die beigeordnete Geldstrafe öffentlichen Zwecken zufällt, so sind auch die Kosten dieses Arrestes aus öffentlichen Mitteln zu bestreiten.[3])

Öffentliche Beamte wurden von der „Personalexekution, wodurch sie ihrer Dienstleistung entzogen würden", befreit (Pat. v. 25. Okt. 1789 Nr. 436).[4]) Ebenso unvereinbar ist der Arrest mit der öffentlichen Stellung der Offiziere, und mit der Verpflichtung der aktiven Militärmannschaft, und bestimmt die V. v. 3. März 1867 R. 52 im §. 7, daß der (damals noch zulässige exekutive) Personalarrest für die Militärmannschaft mit der Einberufung zur Dienstleistung entfalle. Befreit wurden vom Personalarrest, mit Bedacht auf die Monopolisirung der Erzeugung und des Verschleißes von Schießpulver, auch die Betriebsleiter eines Pulverwerkes (V. v. 31. März 1853 R. 91), und zu Folge besonderer Konventionen (mit Frank-

[2]) Canstein: Lehrb. II. 818 erachtet den Arrest zeitlich beschränkt durch §. 351 a. G. O. an.

[3]) Vergl. §. 105 der Regierungs-Vorlage einer Kon. O. vom J. 1863 bei Kaserer: Kommentar zur österr. Konkurs-Ordnung S. 163.

[4]) Die Befreiung kommt auch zu den Beamten: der Versatzämter, der staatl. Kranken- und Versorgungsanstalten und städtischen Beamten, Hfd. v. 26. Jänner 1799 Nr. 453, — jener Anstalten, welche auf Fonde angewiesen sind, die in unmittelbarer Staatsverwaltung stehen, Hfd. v. 14. Mai 1838 Nr. 262, — den Beamten und Subjekten der Hofapotheke, Hfkzd. v. 6. April 1805 (Kropatschek S. 319), — den Hoftheaterbeamten (nicht auch den Hofschauspielern) Hfd. v. 8. Feber 1828 Nr. 2328, — der aus dem Universo bezahlten Hofdienerschaft Hfd. v. 26. April 1799 Nr. 468, — den mit Anstellungsdekret versehenen beeideten Praktikanten Hfd. v. 19. Dez. 1800 Nr. 513. — Nicht befreit vom Arrest sind Geistliche, G. U. 474; die zur Führung der Zivilstandsregister berufenen Geistlichen erscheinen aber wohl als öffentliche Beamte.

Digitized by Google

reich, v. 31. Dez. 1868 R. 167, — Nordamerika, vom 2. Mai 1871 R. 116, — Portugal, v. 30. April 1874 R. 135, — Italien vom 19. März 1875 R. 96) die Konsuln, ausgenommen wenn sie Kaufleute sind und eine Handelssache in Frage steht.

Bei Feststellung der Immunität der Landtags- und Reichsrathsabgeordneten im G. v. 31. Okt. 1861 R. 91 bez. Staats-G. G. v. 21. Dez. 1867 R. 141 §. 16 wurde nur auf die Verhaftung und gerichtliche Verfolgung wegen strafbarer Handlungen Bedacht genommen.

Der Grund für die Befreiung der genannten Personen — Abhaltung von der Dienstleistung — berechtigt, nicht blos den Arrest Schulden halber, sondern auch jenen Arrest ausgeschlossen zu erachten, mit welchem eine gerichtliche Anordnung in Ausübung gebracht werden soll.

Das Gesetz vom 4. Mai 1868 R. 34 hat die Exekution auf die Person des Schuldners wegen Wechsel- und sonstigen Geldforderungen ausgeschlossen, aber die Bestimmungen über den vorsichtsweisen Arrest bei Fluchtverdacht, nicht minder über den Arrest, mit welchem eine gerichtliche Anordnung in Ausübung gebracht werden soll, bestehen lassen.

Besonders vorbedacht ist der Personalarrest in der Konk. O. v. 25. Dez. 1868, und im G. vom 16. März 1884 R. 35.

Die Konkurs-O. (§§. 98—100) läßt die Arrestirung des Gemeinschuldners zu bei Fluchtverdacht, und bei Verweigerung der Erfüllung jener Pflichten, welche das Gesetz dem Gemeinschuldner auflegt (Vorlage des Vermögens- und Schuldenverzeichnisses, Manifestationseid). Dabei wurde auf die Bestimmungen der G. O. über Arrest Bezug genommen, um die Haft als zivilrechtliche zu charakterisiren, die Verpflegskosten für Massekosten erklärt, weil die Haft das öffentliche Interesse nicht berührt(!), und die Gesammtdauer der nach der Konkurseröffnung verhängten Haft auf sechs Monate beschränkt,

Digitized by Google

da dies für die Zwecke der Konkursverhandlung ausreichend erschien.[5])

Das Gesetz vom 16. März 1884 R. 35 gestattet, wenn die Durchführung der Exekution auf Zahlung einer Geldforderung erfolglos bleibt, einen Antrag auf eidliche Manifestation (s. §. 132). Verweigerung der Manifestation oder des Eides hat über Antrag des Gläubigers die Haft des Schuldners zur Folge. Im wörtlichen Anschluß an §. 100 der Konk. O. bestimmt das genannte Gesetz weiter: „In Ansehung der Vollziehung der Haft finden die Bestimmungen der G. O. über die Verhängung des Arrestes als Zwangsmittel Anwendung. Die Gesammtdauer der verhängten Haft darf sechs Monate nicht übersteigen." Auf die Verpflegskosten ist dabei nicht Bedacht genommen.

Die Berufung auf die G. O. in der Konk. O. und im G. v. 16. März 1884 hat nun aber[6]) zur Folge, daß die Kosten des Arrestes vom Gläubiger vorschußweise zu tragen sind, daß persönliche Befreiungen vom Arreste auch hier zur Geltung kommen, und daß die Gläubigerschaft oder der Exequent die Haft beliebig erleichtern kann.

B. Für die **Realexekution** ergeben sich Beschränkungen:

1. aus dem Rechte des Exekuten. Unübertragbare, und für Dritte nicht nutzbare Rechte entziehen sich der Exekution.[7]) Das Erbrecht als solches ist kein Gegenstand der Exekution (Hfd. vom 3. Juni 1846 Nr. 968): das angefallene Erbgut kann von den Gläubigern des Erben nur nach Maßgabe des §. 822 b. G. B. exequirt werden;

2. aus den gesetzlichen Anordnungen über den Verkehr mit Sachen.

---

[5]) Kaserer, a. a. O. 166, 167.

[6]) Vielleicht über den Willen des Gesetzgebers hinaus.

[7]) Die persönliche Berechtigung zur Herausgabe einer Zeitung bildet keinen Gegenstand des Verkehrs, also auch keinen Gegenstand der Exekution, Ent. v. 2. Dezember 1884, Ger. Z. 1885: 47.

Digitized by Google

Sachen, welche dem Verkehre überhaupt entzogen sind, entziehen sich auch der Exekution.[8]) Sachen, deren entgeltliche Veräußerung ausgeschlossen ist (Reliquien und Kreuzpartikeln, Hfd. v. 25. Nov. 1826 Nr. 2234),[9]) sind nicht Objekt der Beitreibung einer Geldforderung. Sachen, deren Erwerbung (Tabakblätter), Besitz und Absatz Beschränkungen unterliegt (Gift, Waffen und Munitionsgegenstände, explodirbare Stoffe), bleiben diesen Beschränkungen auch bei der Exekution unterworfen. Der Grundbuchskörper ist als Ganzes zu behandeln (§. 3 Gb. O.), ebenso die Eisenbahneinlage (§. 20 G. v. 19. Mai 1874 R. 70), daher die Exekution einzelner Theile, die selbstständige Exekution des Zugehörs ausgeschlossen ist;

3. aus staatlichen Interessen. Es darf während eines Krieges auf die zur Verführung von Ärarialgut bestimmten Schiffe und Zugehör vor Beendigung der Fahrt, und auf den Lohn des Schiffmeisters vor Abrechnung mit dem Ärar Verbot oder Exekution nicht bewilligt werden (Hfd. v. 16. Mai 1793 Nr. 103). Bei Lieferungs-, Fracht- oder sonstigen ähnlichen Kontrakten des Zivil- oder Militärärars mit Privaten darf auf die zu liefernden Artikel, die zur Erfüllung des Kontraktes nothwendigen Geräthschaften oder Requisiten Verbot oder Pfändung nicht bewilligt werden; auf die vom Ärar zu leistenden Zahlungen ist Exekution zugelassen bezüglich des restlichen Guthabens (Hfd. v.

[8]) Ärarische Monturstücke (Hfkzd. v. 15. Dez. 1800 P. G. S. 15. S. 201), ausgenommen bei amtlicher Zerstückelung (Hfkzd. v. 29. Aug. 1839 P. G. S. 67. S. 169); — ausländische Lotterielose, ausgenommen, wenn ein Anlehen von einer ausländischen Regierung ausgegeben worden ist, oder auf einer von einem auswärtigen Staate gegebenen Garantie beruht (F. M. E. v. 4. Feber 1860 R. 34); — Sachen, deren Einfuhr bei sonstiger Konfiskation verboten ist, — menschliche Leichname (§. 306 Straf-G.); — die res publicae, quae in communi usu habentur; — verbotene Druckschriften (§. 24 G. v. 17. Dez. 1862 R. 6 ai. 1863.)

[9]) Die von einem Kommissär des Konsistoriums oder dem Ortsseelsorger zu trennende Fassung ist Exekutionsobjekt.

Digitized by Google

13. Mai 1814 Nr. 1086 u. 15 Feber 1815 Nr. 1132).[10]) Gleiches gilt für die Transportmittel, Vorrichtungen und Geräthschaften des von Privaten besorgten Postbetriebes, für die zur Ablieferung an den Staat erzeugten Gegenstände eines Staatsmonopols, insbesondere für Schießpulver, und für die zu dieser Erzeugung nothwendigen Materialien, Geräthe und sonstigen Erfordernisse (Pat. vom 5. November 1773 Nr. 240, — Zoll- und Staatsmonopolordnung vom 11. Juli 1835 §§. 405 und 407, — Verordnung vom 31. März 1853 R. 91). Der Preis und Lohn für die erzeugten Monopolsgegenstände ist exequirbar (Monop. O. §. 406), nicht aber das aus dem Postbefugniß fließende Einkommen. Die auf den Postdienst sich beziehenden Befugnisse sind, obwohl vererblich, doch exekutionsfrei; das Befugniß der Pulvererzeugung ist ein persönliches und kann weder vererbt noch verpfändet werden. Gegen Verleger und Kleinverschleißer des Tabaks und der Stempel ist Verbot und Exekution auf die Verschleißprovision, die Sequestration des Verschleißes, und die Exekution auf die Kassabaarschaft zugelassen (Hfkzd. v. 13. November 1844 Nr. 841); das bei den Verschleißern vorräthige Tabakmateriale kann nur mit Bewilligung der Gefällsbehörde mit Pfand belegt und veräußert werden (Hfkzd. v. 11. Mai 1841 Nr. 535);

4. aus besonderer Widmung. Oeffentliche Kautionen dürfen ihrem Zwecke nicht entzogen werden. Militärheiratskautionen sind erst nach Lösung des Kautionsbandes (Hfd. v. 29. Sept. 1835 Nr. 84), Zeitungskautionen nach der binnen sechs Monaten nach dem Aufhören der Druckschrift zu vollziehenden Devinkulirung und nach Abzug der in Folge eines Strafurtheiles zu zahlenden Geldstrafen und Prozeßkosten exequirbar (G. v. 17. Dez. 1862 R. 6 ai. 1863). Notariats-

[10]) Diese Bestimmung wurde auch anwendbar erklärt im Falle eines mit dem Ärar abgeschlossenen Baubertrages, G. U. 6194.

Digitized by Google

kautionen[11]) sind nur nach Durchführung des in den §§. 29 u. 30 der Not. O. vorgezeichneten Verfahrens und unbeschadet des Vorrechtes für alle Entschädigungsansprüche und Zahlungen, welche aus der Amtshandlung des Notars erwachsen, exequirbar. — Die aus Staats- und Landesmitteln oder anderen öffentlichen Fonden an einzelne Personen oder Gemeinden in Nothstandsfällen als Unterstützungen oder rückzahlbare Vorschüsse angewiesenen oder verabfolgten Gelder oder Naturalien sind exekutionsfrei (V. v. 22. Dez. 1865 R. 142); ebenso die von Versicherungsanstalten für versicherte Gebäude zu zahlenden Brandschadenvergütungen (Hfd. v. 18. Juli 1828 Nr. 56).[12])

5. aus besonderen Anordnungen. Es sind exekutionsfrei Almosengelder aus dem Armen- und Stiftungsfond (Hfd. v. 6. Juli 1784 Nr. 313) und aus der Kameralkasse (Hfd. v. 11. April 1789 Nr. 1002); die Präbenden der Stiftsdamen (Hfkzd. v. 23. März 1793 Nr. 94); Gnadengaben aus der geheimen Kabinetskasse (J. M. E. v. 25. Juni 1850 Z. 15737); Bezüge aus bestimmten Pensionsinstituten.[13])

Exekutionsfrei sind Waaren in zollamtlicher Behandlung (Staats-Monop. O. §§. 111, 112, 200, 206), — der Postanstalt übergebene Sendungen vor Ablieferung an den Adressaten (Postg. v. 5. November 1837 Nr. 240), — Zahlen-Lotteriegewinnste vor der Auszahlung (J. M. E. v. 26. Mai 1858 Z. 10074), — die bei dem Postsparkassecamte ein-

---

[11]) Die Notariatskaution nach der österr. Notariatsordnung, Zeit. f. Not. 1885: 21 fol.

[12]) Auch die Brandschadenvergütung für den fundus instructus wurde als exekutionsfrei erkannt, weil dieses Zugehör allein nicht exequirt werden kann, G. U. 6306. — Zugelassen wurde die Exekution nach Verkauf der Brandstätte, G. U. 7182, 8227. — Mobilarbrandschadenvergütungen unterliegen der Exekution, G. U. 6836, 8518.

[13]) Vergl. Manz'sche Ausgabe der a. G. O. bei §. 283.

Digitized by Google

gelegten Spargelder bez. die Postsparkasse-Einlagebücher (ar. 17 des G. v. 28. Mai 1882 R. 56).[14])

Exekutionsfrei sind die unentbehrlichen Leibeskleider[15]) und die nöthigsten Werkzeuge, womit ein Schulder sich täglich die Nahrung für sich und seine Familie verschaffen kann.[16]) Auf das übrige Hausgeräthe, auf jenes, so der Schuldner zu seiner Berufsarbeit bedarf, oder dessen Abgang ihm zum besonderen Schaden, oder dessen Veräußerung zum Schimpfe gereichen würde, soll die Exekution nur bei Abgang anderer Zahlungsmittel gestattet werden, §. 340 (453).

Für rechtliche Verpflichtungen, welche auf dem Kirchen- oder Pfründenvermögen der katholischen Kirche haften, darf die Substanz des Vermögens erst bei Unzulänglichkeit des Erträgnisses in Anspruch genommen werden (§. 40 G. v. 7. Mai 1874 R. 50).

Die Privatgläubiger der öffentlichen Gesellschafter und Kommanditisten einer Handelsgesellschaft und die Gläubiger eines Mitgliedes einer nach dem Gesetze vom 9. April 1873 R. 70 errichteten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft können den Gesellschaftsantheil erst nach fruchtloser Exekution des Privatvermögens exequiren.

Exekutionsfrei ist der Geding- und Schichtlohn der Bergarbeiter §. 207 Berg.-G.[17]) Beschränkt ist die Exekution

---

[14]) Die für Sparkasseneinlagen angekauften Staatspapiere (ar. 11 und 12 des G. v. 28. Mai 1882) unterliegen der Exekution.

[15]) Nur die Kleider am Leibe sind exekutionsfrei, nicht Wintergewand im Herbst, G. U. 6411. Nicht exekutionsfrei ist das Bettgewand, G. U. 6250 (anders 3321).

[16]) Dazu gehören eventuell auch Nähmaschinen, Besch. v. 17. Dezember 1873, J. B. 82.

[17]) Die Bestimmung des §. 207 Berg. G. findet auf die Sicherung oder Befriedigung der auf dem Gesetze beruhenden Ansprüche auf Leistung des Unterhaltes keine Anwendung, Ent. v. 3. September 1884, Sp. R. 117, auch Ent. v. 7. August 1883, Spruchp. 1, 58. — Die Ent. v. 16. Okt. 1883, Jur. Bl. 1883: 51 verneinte die Zulässigkeit der Exekution wegen

Digitized by Google

der Bezüge aus privaten und öffentlichen Arbeits- und Dienstverhältnissen.

III. Für Bezüge aus privaten Arbeits- und Dienstverhältnissen gilt das Gesetz v. 29. April 1873 R. 68. Es kann das Entgeld, welches Personen, die ihre Thätigkeit ausschließlich oder vorzugsweise in Arbeits- oder Dienstverhältnissen verwenden, für die in solchen Verhältnissen geleisteten Arbeiten oder Dienste beziehen (Gehalt, Lohn, Honorar, Diurnum), bei den in Privatdiensten **dauernd Angestellten** nur mit jenem Betrage durch Exekutionen und Sicherstellungen getroffen werden, um welchen der Gesammtbetrag des Bezuges, nach Abzug jenes Betrages, welcher als Ersatz der verwendeten Materialien oder Auslagen gebührt, jährlich 600 fl. übersteigt.— Als dauernd angestellt gelten jene, welche mindestens auf ein Jahr oder bei unbestimmter Dauer gegen dreimonatliche Kündigung aufgenommen sind (§. 2).

Bei den **nicht dauernd** Angestellten kann das Entgeld für Arbeiten und Dienste von Exekutionen und Sicherstellungen **nicht früher** getroffen werden, als bis die Arbeit oder die Dienste geleistet sind und der Tag abgelaufen ist, an welchem das Entgeld nach Gesetz, Vertrag oder Gewohnheit auszuzahlen war (§. 3); dabei kommt der Betrag, welcher etwa für Materialien, oder als Ersatz für Auslagen gebührt, nicht in Betrachtung, weil sich der gesetzliche Schutz auf den Bezug im ganzen Umfange erstreckt (§. 4).

Unentscheidend ist, ob der Lohn in Geld oder in anderen Vermögensvortheilen besteht, ob er nach Zeit oder nach Stücken berechnet wird.

Diese Bestimmungen können durch Vertrag nicht ausgeschlossen und nicht beschränkt werden; sie sollen auch durch Dispositionen des Arbeiters nicht vereitelt werden. Es sind daher

Alimenten, weil das G. v. 29. April 1873 auf den Gedinglohn keine Anwendung habe.

Digitized by Google

insoweit, als die Sicherstellung und Exekution unzulässig oder anfechtbar erscheint, *Verfügungen über den Lohn* durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder ein anderes Rechtsgeschäft *ohne rechtliche Wirkung*, wenn sie „vor dem Tage, an welchem das Entgeld auszufolgen war, oder an diesem Tage vor der wirklichen Ausfolgung" getroffen wurden (§. 5).

Diese Bestimmungen des G. v. 29. April 1873 betreffen lediglich *den noch in den Händen des Arbeitgebers befindlichen Lohn*, denn der §. 3 gestattet Sicherstellungs- und Exekutionsverfügungen gegen nicht dauernd Angestellte *von dem Tage nach der Fälligkeit* des verdienten Lohnes, und spricht hiermit aus, daß der Lohn der dauernd Angestellten (§. 2) von diesem Zeitpunkte schlechthin, *vor* diesem Zeitpunkte aber nur bezüglich des 600 fl. übersteigenden Betrages exequirbar sei, — der §. 5 stellt die Dispositions- der Exekutionsbeschränkung gleich und schließt namentlich (Zession, Anweisung, Verpfändung) solche Verfügungen aus, welche einen in den Händen des Arbeitgebers befindlichen Lohn voraussetzen, — §. 6 endlich behandelt einen Fall als Ausnahmsfall, er erklärt das Ueberverdienstgeld des Sträflings erst nach der Ausfolgung und dem Ablauf von 30 Tagen nach der Enthaftung exequirbar.

Ausgezahlter Lohn unterliegt also der Verfügung des Arbeiters und auch Sicherstellungs- und Exekutionsverfügungen; dabei ist gleichgiltig, ob der Lohn für geleistete oder zu leistende Dienste gezahlt wurde. *Der in den Händen des Arbeitsgebers befindliche Lohn* unterliegt der *Exekution* vom Tage *nach* der Fälligkeit (§. 3), er unterliegt der Disposition *am Fälligkeitstage nach* Ablauf der Zeit, zu welcher der Lohn erhoben werden konnte (§. 5), wenn die Dienste, für welche der Lohn zahlbar ist, bereits geleistet sind. *Vor diesem Zeitpunkte* ist Exekution und Disposition zugelassen bei dauernd Angestellten in Betreff des Jahresbezuges über 600 fl., gleichviel ob die Arbeit bereits geleistet ist oder nicht.

Digitized by Google

Zugelassen ist ohne alle Einschränkung die Sicherstellung und exekutive Einbringung a) von Steuern, öffentlichen Abgaben und Vermögensübertragungsgebühren, b) der gesetzlichen Ansprüche auf den Unterhalt,[18]) c) der Forderungen, welche die auf Grund der Gewerbeordnung errichteten Unterstützungs- und Krankenkassen an ihre Theilnehmer zu stellen haben.

Die Überverdienstgelder der Sträflinge sind, wie bereits bemerkt, Sicherungs- und Exekutionsmaßregeln entzogen während der Dauer der Haft, und durch 30 Tage nach der Ausfolgung und Entlassung aus der Haft. Eine Beschränkung des Verfügungsrechtes ist nicht vorbedacht.

IV. Die Exekution auf Bezüge der im **öffentlichen Dienste** stehenden Personen und ihrer Hinterbliebenen wurde geregelt im Gesetze vom 21. April 1882 R. 123.

Es unterliegen der Exekution und den Sicherungsmaßregeln:

1. ständige Dienstbezüge (Gehalt, Gage und Wartegebühr, Personal-, Alters-, Funktions- und Aktivitätszulagen, Einkommen aus geistlichen Pfründen)

der Militärpersonen einschließlich Landwehr, Landesschützen, Gendarmerie, Militärpolizeiwachkorps und Militärwachkorps;

der Beamten und Diener des Hofes, Staates,[19]) Landes, eines Bezirkes, einer Gemeinde, eines öffentlichen Fondes einschließlich Vorsteher, Professoren, Lehrer, lehramtliche Hilfspersonen und Diener der Lehranstalten des Staates, Landes oder einer Gemeinde, dann der konfessionellen Schulen, welche als Kultusanstalten einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft anzusehen sind;

---

[18]) Und den dießfälligen Prozeß- und Exekutionskosten, Ent. vom 16. Oktober 1883, Ger. H. 1884: 41.

[19]) Beamte der gemeinsamen österr.-ungar. Regierung, G. U. 7858 — in Bosnien angestellte Beamte, G. U. 7830.

Digitized by Google

der Seelsorger der gesetzlich anerkannten Kirchen- und Religionsgesellschaften — nur mit einem Drittel unter Freilassung eines Jahresbezuges von 800 fl.;

2. Ruhegenüsse der genannten Personen, wozu auch Defizienten- und Gnadengehalte, Personalzulagen und gleichgeartete Bezüge gehören;

3. die der Witwe und den Kindern der genannten Personen verliehenen Bezüge nur mit einem Drittel unter Freilassung eines Jahresbezuges von 500 fl. Von einer Abfertiguug kann nur ein Drittel und zwar insoweit in Exekution gezogen werden, als dem Exekuten der Betrag von 500 fl. freibleiben muß.

Wegen Leistung des aus dem Gesetze gebührenden Unterhaltes unterliegen die Bezüge Z. 1. der Exekution unter Freilassung von jährlich 300 fl., die Bezüge Z. 2. und 3. ohne Beschränkung.

Gänzlich entzogen sind der Exekution und Sicherungsmaßregeln a) alle anderweitigen Bezüge der genannten Personen, insbesondere die zur Bestreitung eines im öffentlichen Dienste zu machenden Aufwandes bestimmten Geld- und Naturalgebühren; b) Diurnen, Löhnungen, Mannschaftsgebühren, Verpflegsgebühren der Invaliden, Zulagen der Verwundeten, die mit dem Besitze der Tapferkeitsmedaille verbundenen Gebühren; c) die als Kondukt oder Sterbequartal, oder aus einem gleichartigen Titel angewiesene Gebühr; d) Quartiergelder (Quartieräquivalente), soweit nicht wegen des Miethzinses Exekution geführt wird; e) die Gebühren, welche den Seelsorgern für die Vornahme geistlicher Handlungen unmittelbar entrichtet werden.

Bei Berechnung des der Exekution unterliegenden Theiles des Bezuges werden die Gebühren der Seelsorger (e) nach dem in der Fassion derselben angegebenen Betrage, die Naturalbezüge, wenn sie in den Dienstbezug eingerechnet werden, nach der dabei angenommenen Bewerthung, und wenn sie in

Digitized by Google

den Dienstbezug nicht eingerechnet werden, nach der zu anderen amtlichen Zwecken erfolgten Bewerthung eingerechnet; die unter a) bis d) genannten Bezüge sind nicht in Anschlag zu bringen.

4. Die **Zinsen** von Militärheiratskautionen unterliegen der Exekution und Sicherungsmaßregeln α) wegen Verpflichtungen, welche während der Ehe von beiden Ehegatten, nach dem Aufhören derselben von der überlebenden Witwe eingegangen werden, mit einem Drittel unter Freilassung von 500 fl.; β) wegen des den Eltern eines der beiden Ehegatten aus dem Gesetze gebührenden Unterhaltes auch über ein Drittel, lediglich mit Freilassung von 500 fl., und wegen des der Gattin oder den Kindern der Ehe, für welche die Kaution bestellt wurde, aus dem Gesetze gebührenden Unterhaltes unbeschränkt. In anderen Beziehungen sind die Zinsen der Militärheiratskaution exekutionsfrei.

Soweit Exekution und Sicherungsmaßregeln ausgeschlossen sind, ist auch jede Verfügung durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung.

Die bis zur Wirksamkeit des G. v. 21. April 1882 (bis 23. Okt. 1882) durch Vereinbarung oder Exekutionsmaßregeln erworbenen dinglichen Rechte bleiben unberührt; Verbote sind auf Antrag des Schuldners aufzuheben.

Die nach den bestehenden Gesetzen zulässige Einbringung von Forderungen im administrativen Wege ist durch das G. v. 21. April 1882 nicht beschränkt; doch sind die so zu realisirenden Forderungen von jenem Bezuge abzurechnen, welcher nach dem genannten Gesetze der Exekution unterliegt. Zur Hereinbringung der Rückersatzforderung des Staates gegen richterliche Beamte, deren Verschulden eine Ersatzleistung veranlaßt hat, sind Sicherungs- und Exekutionsakte auf den Gehalt und alle sonstigen Dienstbezüge zugelassen mit der Beschränkung, daß ein

Digitized by Google

jährlicher Betrag von 350 fl. frei bleibt, §§. 24 und 25 G. v. 12. Juli 1872 R. 112.[20])

V. Jene Momente, aus welchen eine Ausschließung oder Beschränkung der Exekution folgt, hat der Richter bei Bewilligung der Exekution von Amtswegen zu berücksichtigen; auch hat das Vollzugsorgan bei Vornahme der Zwangsvollstreckung darauf

---

[20]) Die Regierungsvorlage Nr. 73 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses, X. Session bezielt die Abänderung, beziehungsweise Ergänzung einiger Bestimmungen des Exekutionsverfahrens. Es bestimmt diese Vorlage nach dem Vorbilde der §§. 945, 946, 949, 952, 840 Z. 4 und 944 des Entwurfes der Zivil Pr. O. wie folgt:

§. 1. Auf Gegenstände, welche zur Ausübung des Gottesdienstes einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft verwendet werden, kann die Exekution nicht geführt werden.

Auf Reliquien ist die Exekution unzulässig, deren Fassung ist derselben unterworfen.

§. 2. Außer den nach den bestehenden Vorschriften von der Exekution ausgenommenen Sachen sind derselben ferner entzogen:

1. Die Kleidungsstücke, die Betten, die Wäsche, das Haus- und Küchengeräthe, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, für dessen im gemeinsamen Haushalte mit ihm lebende Familie und für sein Gesinde unentbehrlich sind;

2. die für den Schuldner, für dessen im gemeinsamen Haushalte mit ihm lebende Familie und für sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;

3. eine Milchkuh oder nach Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe, nebst dem zum Unterhalte und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Thiere für die Ernährung des Schuldners, seiner im gemeinsamen Haushalte mit ihm lebenden Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;

4. bei Offizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern, Advokaten, Notaren, Ärzten und Künstlern, sowie bei anderen Personen, welche einen wissenschaftlichen Beruf ausüben, die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufes erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung;

5. bei Handwerkern, Hand- und Fabriksarbeitern, sowie Hebammen, die zur persönlichen Ausübung des Berufes erforderlichen Gegenstände;

Digitized by Google

Bedacht zu sein. Wird die Exekution über die gesetzlichen Grenzen

---

6. bei jenen Personen, deren Bezüge nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen der Exekution gänzlich oder theilweise entzogen sind, ein Geldbetrag, welcher dem der Exekution nicht unterworfenen Theile des Bezuges für die Zeit von der Vornahme der Exekution bis zum nächsten Zahlungstermine des Bezuges gleichkommt;

7. die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräthe, Gefäße und Waaren;

8. die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner im gemeinsamen Haushalte mit ihm lebenden Familie in der Kirche oder Schule bestimmt sind;

9. Briefe, Schriften und Familienbilder, mit Ausnahme der Rahmen der letzteren.

§. 3. Das Zugehör einer Liegenschaft (§§. 294 bis 297 b. G. B.), eines Bergwerkes oder eines Seeschiffes, das Betriebsmaterial einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- oder Telegraphenunternehmung kann nicht ohne das Hauptgut in Exekution gezogen werden.

Diese Beschränkung erstreckt sich bei Eisenbahnen, welche einen Gegenstand des Eisenbahnbuches bilden, auf das ganze eine bücherliche Einheit bildende Eisenbahnmateriale.

§. 4. Auf Gegenstände, deren Veräußerung dem Exekuten zum besonderen Schaden oder Schimpfe gereichen würde, darf die Exekution nur in Ermanglung anderer Sachen geführt werden.

§. 5. Eine Exekution hat zu unterbleiben, wenn sich nicht erwarten läßt, daß der Erlös für die zu verkaufenden Gegenstände einen Überschuß über die Kosten ergeben werde.

§. 6. In Streitfällen entscheidet über die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§. 1 bis 5 das zur Vornahme der Exekution berufene Gericht nach freiem Ermessen. Gegen eine solche Entscheidung ist der Rekurs zulässig.

§. 7. Soweit nach den Bestimmungen der §§. 1 bis 4 eine Exekution gar nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, können die betreffenden Gegenstände auch durch Sicherungsmittel gar nicht oder nur unter den bezeichneten Voraussetzungen getroffen werden.

Die weiteren Bestimmungen dieser Exekutionsnovelle sind angeführt u. zw. der §. 8 im §. 186, der §. 9 im §. 185 B. und §. 186 Z. 3, die §§. 10 bis 17 im §. 185 E.

Digitized by Google

vollzogen, so kann der Exekut beim Vollzugsrichter um Einschränkung der Exekution ansuchen, worüber nach kontradiktorischer Verhandlung, in welcher dem Exekuten die Beweislast zufällt,[21]) mit Bescheid zu erkennen ist.

VI. Schutz gegen Vereitelung von Zwangsvollstreckungen bietet das Gesetz v. 25. Mai 1883 R. 78.[22]) Es wird derjenige, welcher in der Absicht, bei einer ihm drohenden[23]) oder bereits im Zuge befindlichen Exekution die Befriedigung seines Gläubigers ganz oder theilweise zu vereiteln,[24]) bewegliche oder unbewegliche Sachen beschädigt, zerstört oder werthlos macht, — Vermögensstücke bei Seite schafft, oder sich derselben entäußert, — Schulden oder Rechtsgeschäfte erdichtet, insofern sich darin nicht eine schwerer verpönte strafbare Handlung darstellt, einer Übertretung, und wenn der zugefügte Schade mehr als 50 fl. beträgt, eines Vergehens schuldig.

Im Interesse der Gläubiger unterliegen die nach dem G. v. 16. März 1884 R. 36 anfechtbaren Rechtshandlungen der Anfechtung auch dann, wenn sie durch Exekution zur Sicherstellung oder zur Befriedigung erfolgt sind (§. 12 zit.).

VII. Bezüglich des Vorganges bei dem Exekutionsvollzuge ist zu beachten, daß der zur Gewalthandlnng bestellte Exekutor (Richter, richterlicher Hilfsbeamte, Kanzleibeamte, Gerichtsdiener, Notar) über den Vollzug dem Gerichte zu berichten, und dieses

---

[21]) Ent. v. 5. Juni 1883 (anders die Ent. v. 4. Mai 1880, Spruchp. 1, 115.

[22]) Ofner: Zum Gesetze gegen Vereitelung von Zwangsvollstreckungen, Jur. Bl. 1885: 48 fol. — Zistler, Ger. H 1886: 2 fol.

[23]) Drohend erscheint die Exekution, wenn die Forderung bereits durch Urtheil festgestellt, oder wenn sie bei Vorlage liquider Beweismittel auch nur klageweise geltend gemacht ist.

[24]) Nicht gefordert wird die Vereitelung der Befriedigung des Gläubigers; es genügt die Vereitelung einer bestimmten Exekutionsart, Ent. des Kassationshofes v. 19. April 1884 und v. 7. November 1884, Ger. Z. 1884 : 53, und 1885 : 14.

Digitized by Google

nach Prüfung des Aktes die Parteien von dem Vollzuge zu verständigen hat. In den kaiserlichen Hofgebäuden und den Lustschlössern in Wien und seiner nächsten Umgebung, und in den sonstigen Wohnungen der Mitglieder des kaiserlichen Hauses oder der Exterritorialen ist ein Exekutionsakt gegen eine den ordentlichen Gerichtsbehörden unterstehende Person durch das Oberstthofmarschallamt zu bewirken (ar. V. des Kundm. Pat. zur J. N.); in militärischen oder vom Militär besetzten Gebäuden sind Exekutionshandlungen nach Anzeige an den Kommandanten und unter Zuziehung der von ihm beigegebenen Militärperson zu vollziehen (§. 12 G. v. 20. Mai 1867 R. 78).

§. 183.

a) Die Exekution von Ansprüchen außer Geldforderungen.

1. Ist der Beklagte schuldig erkannt, dem Kläger ein liegendes Gut einzuräumen, so ist über Ansuchen die zwangsweise Übergabe zu bewilligen, §§. 302, 303 (402, 403). Diese Übergabe ist da, wo öffentliche Bücher bestehen, eine zweifache, und zwar a) eine bücherliche, welche sich vollzieht, indem auf Grund des Exekutionstitels das Eigenthum des Exequenten einverleibt wird. Ist eine Vormerkung des Eigenthumes vorausgegangen, so erfolgt die Einverleibung mit Bezug auf die Vormerkung und zur Rechtfertigung derselben, unter gleichzeitiger Löschung aller Konsekutivposten; — b) eine physische, welche der Gerichtsabgeordnete durchführt, indem er den Exequenten allenfalls mit Gewalt gegen den Exekuten in den Besitz einführt. Befindet sich der Exequent bereits im bücherlichen oder im physischen Besitz, so verschafft die Exekution nur das Mangelnde. Der Vollzug dieser Exekution fällt dem Tabular- bez. Realgerichte zu.

2. Ist der Beklagte schuldig erkannt, dem Kläger auf sein liegendes Gut ein dingliches Recht einzuräumen, so ist dieses dingliche Recht im Lastenblatte der verpflichteten Realität

Digitized by Google

nach der Bewilligung des Erkenntnißrichters vom Tabularrichter einzuverleiben, ev. in der Rangordnung der vorher erwirkten Vormerkung und zur Rechtfertigung derselben. Die Einführung in den physischen Besitz der Sache vollzieht der Realrichter, wenn dadurch die Ausübung des Rechtes bedingt ist §. 304 (404).

3. Ist eine Eintragung in den Grundbüchern als gleich ursprünglich nicht zu Recht bestehend, oder nachträglich erloschen erkannt, so ist auf Antrag die Löschung der bücherlichen Eintragung dem Spruche gemäß zu bewilligen; zugleich sind alle Konsekutivposten zu löschen (§§. 65, 71 Gb. O.);

4. Die theilweise oder gänzliche Räumung und Übergabe des Bestandgegenstandes wird vom Vollzugsorgan allenfalls mit Hilfe der Wache bewirkt §. 19 Best. V. Der Exequent hat für die Beistellung der Arbeitskräfte, nicht aber für die Unterbringung der wegzuschaffenden Sachen zu sorgen.

5. Der Spruch auf Übergabe einer bestimmten beweglichen Sache gelangt zur Ausführung a) wenn sich die Sache in gerichtlicher Verwahrung, oder in der Hand eines Sequesters befindet, durch den Ausfolgungsauftrag; b) wenn sich die Sache in den Händen des Beklagten befindet, dadurch, daß der Exekutor diesem die Sache abnimmt, und dem Kläger gegen Empfangschein übergibt; c) wenn sich die Sache nach Angabe des Exequenten in den Händen eines Dritten befindet, durch Ausfolgungsauftrag. Verweigert der Dritte die Herausgabe, so steht, da Zwang zur Herausgabe ausgeschlossen ist, dem Exequenten frei, den Besitzer nach Maßgabe des Zivilrechtes auf Herausgabe der Sache und Ersatz des aus der unbegründeten Verweigerung der Herausgabe erwachsenen Schadens, — oder den Exekuten auf Ersatz (§. 378 b. G. B.) zu klagen. Auf diese Ersatzklage ist der Exequent beschränkt, „wenn das Gut nicht mehr vorhanden wäre“ §§. 305, 306 (405, 406). Bei einer besorglichen Vertuschung hat Antrag auf Manifestation statt, §. 220 (294).

Digitized by Google

6. Ist der Beklagte schuldig, dem Kläger generell bestimmte bewegliche Sachen zu liefern, so ist über Antrag die zwangsweise Wegnahme der zu liefernden Quantität bei dem Schuldner und die Übergabe an den Gläubiger zu verfügen, §. 307 (407). Im Exekutionsgesuche ist zu erklären, ob der Kläger die zwangsweise Abnahme auch dann wünscht, wenn bei dem Exekuten nicht die zur Befriedigung hinlängliche Quantität gefunden würde (§. 1415 b. G. B.). Ist dem Beklagten ein Wahlrecht eingeräumt, so muß er vor Anordnung der zwangsweisen Abnahme verhalten werden, sein Wahlrecht auszuüben, und zwar bei Abgang anderer Zwangsmittel in der Art, daß ihm aufgetragen wird, sich in bestimmter Frist für die eine oder andere Leistung zu entscheiden, widrigens der Gläubiger eine bestimmte Sache einzutreiben berechtigt wäre.

Erstattet der zur zwangsweisen Abnahme der Sachen Abgeordnete eine Fehlanzeige, so steht dem Kläger frei, entweder die Sachen auf die für beide Theile unschädlichste Art zu erkaufen und seinen Schaden wider den Beklagten zu erholen, oder den erweislichen Werth der Sachen und seinen Schaden gegen den Schuldner einzuklagen. Eine gerichtliche Bewilligung ist in beiden Fällen nicht nothwendig; die zweimalige Klage wird erspart, wenn in der Klage auf Lieferung zugleich für den Fall des Abganges entsprechenden Sachbesitzes Entschädigung begehrt wird. Für den Betrag der Entschädigung ist der Liefertermin entscheidend. [1])

7. Ist der Beklagte dem Kläger eine Arbeit (factum) schuldig, welche auch von einem Dritten zu Stande gebracht werden kann, [2]) so hat kein Zwang zur Leistung der

[1]) G. U. 2876. — In der Ent. v. 22. September 1885, Jur. Bl. 1885 44 ist für den Betrag der Entschädigung der letzte Tag des tempus judicati entscheidend erkannt.

[2]) Eine Wiederherstellung der Sache in den vorigen Stand (G. U. 255, 4532). die Übernahme des Klägers „in die volle lebenslängliche Abnährung" (Ger. H. 1882: 20).

Digitized by Google

Arbeit statt; dem Kläger ist vorbehalten, die Arbeit durch einen Dritten auf die für beide Theile unschädlichste Art zu Stande bringen zu lassen und seinen Schaden wider den Beklagten zu erholen, oder den erweislichen Werth der Arbeit und seinen Schaden einzuklagen, §. 309 (409).

8. Ist der Beklagte dem Kläger eine unvertretbare Handlung schuldig,[3]) so kann der Kläger von der Arbeit absehen, und den Werth derselben und seinen Schaden einklagen, er kann aber auch verlangen, daß der Richter den Beklagten durch Geld- oder Leibesstrafe, d. h. jetzt Arreststrafe zwinge, der Schuldigkeit Genüge zu leisten, §. 310 (410). Dem Beklagten wird im Exekutionsbescheide die Verrichtung der Arbeit binnen bestimmter Frist bei Vermeidung einer bemessenen Geldstrafe anbefohlen, nach Verlauf der Frist über neuerliches Ansuchen die angedrohte Strafe verfallen erklärt, und ein erhöhter Strafauftrag erlassen. Die Geldstrafe ist nach der M. V. v. 5. November 1852 R. 227 für den Armenfond von Amtswegen einzutreiben, und bei Uneinbringlichkeit in Arreststrafe (für je 5 fl. K. M. ein Tag Arrest) zu verwandeln; Nachsicht ist dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt.[4])

9. Ist der Beklagte zu einer Duldung oder Unterlassung verpflichtet, so ist ihm im Urtheile, ev. im Exekutionsbescheide die Beeinträchtigung des Klägers bei Vermeidung von Geld- oder Arreststrafe zu untersagen und wohl auch über Antrag aufzutragen, für den aus weiterer Beeinträchtigung erwachsenden Schaden Sicher-

---

[3]) Rechnungslegung, Manifestationseid, Einräumung einer Wohnung in einem bestimmten Hause (G. U. 2647).

[4]) Die geschilderte Exekution hat auch statt bei einem Spruche auf Ausstellung einer Urkunde, G. U. 3006, 3703, 6518. — In der Ent. 5063 wurde über Ansuchen die Ausstellung der Urkunde durch einen Kurator bewilligt. Canstein: Zivilprozeßrecht S. 584 nimmt in Anschluß an G. U. 6518, 8610 an, das Erkenntnißgericht habe die Urkunde in einem dafür bestimmten Termine auszustellen.

Digitized by Google

heit zu leisten. Der Strafverhängung muß die Feststellung des urtheilswidrigen Verhaltens vorausgehen.

10. Lautet der Exekutionstitel auf Aufhebung der Gemeinschaft durch gerichtliche Feilbietung, so ist über Verlangen eines jeden Sachgenossen eine freiwillige Feilbietung nach den §§. 272 fol. des K. Pat. v. 9. August 1854 R. 208 einzuleiten. [5])

b) Die Exekution von Geldforderungen.

§. 184.

Die Exekution mit Ausschluß der Veräußerung von Mobilien und Immobilien.

1. Durch Abnahme von Bargeld.

Über Antrag des Gläubigers ist zu verordnen, daß dem Schuldner Bargeld im Betrage der Schuld abgenommen, und dem Gläubiger gegen Empfangschein ausgefolgt werde, §. 307 (407). Abzunehmen ist das in dem Besitze des Schuldners befindliche Geld, auch wenn es als Eigenthum Dritter bezeichnet wird (Hfd. v. 29. Mai 1845 Nr. 889), nur ist in diesem Falle das Geld nicht dem Gläubiger sofort auszufolgen, sondern bei Gericht zu hinterlegen, und den Dritten die Geltendmachung ihrer Ansprüche vorzubehalten, wozu sie mit einer Aufforderungsklage

[5]) Auf eine solche Veräußerung können die für eine exekutive Veräußerung in der G. O. und den diesfalls erflossenen Hofdekreten enthaltenen Vorschriften nicht angewendet werden (so auch G. U. 5196, 6251, 7689, 8021 — anders G. U. 5673, 8314, es gelten die Bestimmungen über exekutive Feilbietung mit der Beschränkung, daß die Lasten haften bleiben); — die Feilbietungsbedingnisse sind nicht auf die für Exekutionen bestimmte Art festzusetzen, Ent. v. 23. Dezember 1884, Sp. R. 119; sie sind auch nicht im Prozeßwege festzustellen Ent. v. 19. Juni 1883, Ger. H. 1883: 99, sondern durch Einvernehmung der Sachgenossen vor der Feilbietung (anders G. U. 8005).

Digitized by Google

verhalten werden können. Ist das bei der Exekution gefundene Geld nicht gesetzliches Zahlungsmittel für die einzutreibende Forderung, so ist das abgenommene Geld als Mobilarpfand zu behandeln.

2. Durch Überweisung einer Besoldung.

Sucht der Gläubiger Befriedigung aus einer Besoldung, also aus einem Dienstbezug, so kann er lediglich verlangen, daß ihm diese Besoldung überwiesen werde, und ist die bezügliche Kasse (Person) anzuweisen, die Besoldung (oder einen Theil derselben) nunmehr dem Exequenten bis zur Befriedigung des bestimmt bezeichneten Anspruches auszufolgen, §§. 312, 313 (412). Bei Bezügen aus öffentlichen Kassen ist von der Überweisung zugleich die vorgesetzte Behörde zu verständigen, welche die allfälligen Hindernisse der Ausführung der gerichtlichen Anordnung dem Gerichte bekannt zu geben hat.[1]) Bei mehrfacher Exekution derselben Besoldung entscheidet über das Vorrecht die Zustellung des Bescheides an die Kasse (§. 3 V. v. 9. Mai 1860 R. 125).

3. Durch Einantwortung von Forderungen.

Der Gläubiger, welcher die Forderung seines Schuldners exequiren will, kann diese Forderung durch Pfändung, Schätzung (Geldforderungen ohne Schätzung) und Feilbietung realisiren; er ist auf diese Exekutionsart angewiesen, wenn seine und des Schuldners Forderung nicht gleichartig sind. Soweit aber der Kläger eine Forderung, die der Beklagte wegen eines Darlehens, hinterlegten Geldes oder aus einer anderen Ursache an einen Privaten[2])

---

[1]) Die Einzelnvorschriften sind enthalten in Geller: Justizgesetze, und in der Manz'schen Ausgabe der a. G. O. als Anhang zum 29. Kapitel der G. O.

[2]) Zugelassen ist auch die Einantwortung von Forderungen, welche der Exekut an den Exequenten zu stellen hat, Ent. v. 6. November 1883 Spruchp. 1, 115, Ent. v. 10. Juli 1884, Spruchp. 2, 113 (als Mittel, die

Digitized by Google

zu stellen hat, für seine gleichartige Forderung an Zahlungsstatt annehmen will, kann er sich die Forderung seines Schuldners gerichtlich einantworten lassen, §§. 314, 315 (415, 416). Ist die Forderung des Exekuten im Grundbuche eingetragen, so ist die gerichtliche Einantwortung dort auszuzeichnen; sonst genügt im Allgemeinen die Verständigung des Exequenten, des Exekuten und des Schuldners des letztern von der Einantwortung; im Falle aber der Exekut eine Urkunde über die Forderung in Händen hat, ist auf derselben vom Exekutor die Übertragung ersichtlich zu machen, und wenn diese Urkunde keine weiteren, als die dem Exequenten eingeantworteten Rechte betrifft, auch dem Exequenten zu übergeben. Die Einantwortung wirkt wie eine Zession, für welche nicht mehr die G. O., §§. 316 bis 319 (418 bis 420), sondern das b. G. B. maßgebend ist.[3]) — Bei mehrfacher Exekution entscheidet über das Vorrecht die Zustellung der Einantwortungsverordnung an den Exequenten, nicht die Zustellung an den dritten Schuldner.[4])

4. Durch exekutive Sequestration.[5])

Man nennt exekutive Sequestration die Exekution der Früchte und des wiederkehrenden Einkommens des Schuldners.

Objekt derselben sind Sachen und Rechte des Schuldners, welche eine Nutzung bringen und Gegenstand der Verpfändung

---

Kompensation zwangsweise geltend zu machen), G. U. 4810, 8562, 8766. Verweigert wurde solche Einantwortung in der Ent. v. 30. Juli 1884, C. II. 463 und in der Ent. v. 12. August 1884, Spruchp. 2, 39 (weil sie zwangsweise Zession sei).

[3]) Canstein: Lehrb. II. 815 erklärt, die Überweisung ist keine Zession, sondern eine Amtshandlung des Gerichtes; vergl. aber S. 816.

[4]) G. U. 2517. Die Zustellung an den Verwahrer (!) erachtet als maßgebend die Ent. v. 22. November 1882, Ger. Z. 1884: 100.

[5]) Exner: Österr. Hypothekenrecht; Gspan: Gesetzmäßige Befriedigung konkurrirender Gläubiger.

Digitized by Google

sind, also Grundstücke, Gerechtigkeiten, das Nutzungseigenthum, der Nießbrauch, Leibrenten, insbesondere Ausgedinge, Handels- und Gewerbsunternehmungen, auch Eisenbahnen (§. 47 G. v. 19. Mai 1874 R. 70). Ausgeschlossen ist die Sequestration, wenn das Einkommen nur durch persönliche Verwendung erzielt werden kann, so bei der Advokatie,[6]) bei dem Notariat,[7]) bei ärztlicher Praxis.[8])

Dem Gläubiger steht im Allgemeinen frei, aus der Sache selbst im Wege der Feilbietung, oder aus den Einkünften im Wege der Sequestration Befriedigung zu suchen. Ausnahmsweise ist er auf die Sequestration angewiesen, wenn er nur ein Recht auf die Früchte und das Einkommen erworben hat, oder das Recht des Exekuten nicht übertragbar, oder die Exekution gesetzlich beschränkt ist. So soll die Substanz des Kirchen- und Pfründenvermögens nur bei Unzulänglichkeit der Früchte exequirt werden (§. 40 G. v. 7. Mai 1874 R. 40), es soll auf das Ausgedinge die Exekution nur durch Sequestration geführt werden.[9])

Führt der Gläubiger die Exekution auf Früchte und Gefälle des Schuldners, so ist über sein Gesuch ihm hierauf das Pfandrecht zu ertheilen, ein Sequester zu bestellen und dieser in den Besitz des Sequestrationsobjektes einzuführen. Betrifft die Sequestration einen Grundbuchskörper oder bücherliche Rechte, so ist das Pfandrecht im öffentlichen Buche „vorzumerken" §. 320 (422), d. h. bei Neuerwerb einzuverleiben, wenn aber ein Hypothekargläubiger Exekution führt, anzumerken.[10])

Die Aufstellung eines Sequesters entfällt, wenn die dem Exekuten gehörigen Früchte in einem ohne alle Verwaltungshand-

---

[6]) Anders G. U. 6616.
[7]) G. U. 3836, 6826.
[8]) G. U. 5150, 6624, 8070.
[9]) Ent. v. 19. Feber 1873, Sp. R. 41.
[10]) Exner: a. a. O. 333.

Digitized by Google

lungen einfließenden Nettogeldertrag bestehen;[11]) in diesem Falle genügt die Überweisung des Geldertrages an den Exequenten, §. 321 (425) und Hfd. v. 4. Juni 1792 Nr. 22 (424, 425).

Den Sequester hat der Exequent im Exekutionsgesuche vorzuschlagen; das Gericht bestellt den Vorgeschlagenen, wenn sich gegen ihn keine Bedenken ergeben, und macht ihn dem Exekuten namhaft; bringt dieser Einwendungen gegen den Sequester ein, so ist darüber nach Einvernehmung beider Theile mit Bescheid zu erkennen, doch wird durch diese Verhandlung die Einführung des Sequesters nicht gehemmt.[12]) Der Exequent kann sich selbst als Sequester vorschlagen (Res. vom 31. Oktober 1785 Nr. 489).

Dem Sequester kommt die Verwaltung des Gutes (Hfd. v. 6. Mai 1814 Nr. 1085) und die Einhebung der Früchte und Gefälle zu, §. 320 (422); er hat aus den Einkünften die laufenden Zahlungen, insbesondere auch die Zinsen der Hypothekarkapitalien abzuführen (Hfd. v. 12. Okt. 1790 Nr. 63), und über die Gebahrung Rechnung zu legen (Hfd. v. 6. Mai 1814); folglich ist er berechtigt zur Aufnahme von Arbeitern, zur Bestreitung von Wirthschafts- und Erhaltungsauslagen, zum Verkaufe der Naturalfrüchte, zu gerichtlicher Eintreibung von Forderungen. Ein außerordentlicher Aufwand bedarf der Zustimmung des Exequenten und Exekuten, ev. der Genehmigung des Gerichtes.[13])

---

[11]) Bestandzins, wenn das Immobile nicht belastet ist, G. U. 576, und Verwaltungshandlung entbehrlich erscheint, denn bei der Nothwendigkeit solcher Handlungen kann von der Bestellung des Sequesters nicht Umgang genommen werden, G. U. 6792; — Geldrentenforderung, G. U. 8079; — Leibrentenforderung, G. U. 4876; — Coupons, G. U. 5544.

[12]) G. U. 2343.

[13]) Die von dem exekutiven Sequester erzielten, bereits abgetrennten Früchte sind kein Objekt der Exekution für dritte Gläubiger, Ent. vom 21. September 1882, Ger. Z. 1885 : 62, — richtiger, sie sind nur Exekutionsobjekt unbeschadet des früheren Pfandrechtes des Exekutionsführers, Ent. v. 13. Feber 1883, Spruchp. 1, 114.

Digitized by Google

Aus dem Erträgnisse hat der Sequester neben den Verwaltungsauslagen die nicht über drei Jahre rückständigen und die laufenden Steuern, und gleiches Vorrecht genießenden Giebigkeiten, dann die Zinsen der, der exequirten Forderung bücherlich vorangehenden Kapitalien, und andere, mit besserem Pfandrechte versehene fortlaufende Zahlungen zu bestreiten. Nur das, was nach diesen Zahlungen erübrigt, fällt dem Exequenten auf Zinsen, Kapital und Gerichtskosten zu (Hfd. v. 12. Okt. 1790 Nr. 63).

Auf eine Entlohnung hat der Sequester nach §. 1004 [illegible] Anspruch. Da seine Mühewaltung im Interesse der konkurrirenden Gläubiger liegt, ist die Entlohnung, wie Massekosten im Konkurse, als Vorzugspost zu behandeln.[14]) Das Maß der Entlohnung bestimmt der Exequent und Exekut, im Falle der Uneinigkeit beider, oder der Bestreitung von einem Mitinteressenten das Gericht.

Würde nach der Einleitung einer Sequestration ein zweiter Gläubiger um Sequestration desselben Objektes ansuchen, so ändert das, [illegible] wenn der neue Gläubiger ein bücherliches Vorrecht hat, nichts an dem Besitzrechte des ersten Sequestrationswerbers; es sind daher die bis dahin erzielten Überschüsse Befriedigungsfond für den ersten Gläubiger, auch wird in der Person des Sequesters [illegible] und ohne Vernehmung der Parteien keine Änderung vorgenommen. Der Sequester ist lediglich [illegible] und Rechnungslegung auf die weitere Sequestration Bedacht zu nehmen (Hfd. v. 6. Mai 1814 [illegible] der weiteren Sequestration [illegible] nicht die Priorität der [illegible] die exequirte Forderung

[illegible] 1881. Spruchp. 2, 39, die [illegible] Rangordnung der exe- [illegible] gerichtlich bestellter Man- [illegible] auch der übrigen [illegible]

erwirkten Pfandrechtes entscheidend.[15]) Das gilt auch bei Konkurrenz einer gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Sequestration; das Gericht bestellt den administrativen zum gerichtlichen Sequester.

Die Rechnung des Sequesters, — welche, wie bei provisorischer Sequestration bei Beendigung des Geschäftes ev. binnen 30 Tagen nach Ablauf eines jeden Jahres zu erstatten, und nach dem Einvernehmen der Interessenten, im Streitfalle aber vom Gericht zu erledigen ist §. 297 (393), — begreift die Nachweisung der Einnahmen und des auf die Wirthschaft, die laufenden Giebigkeiten und die Verzinsung der Hypothekarkapitalien gemachten Aufwandes. Den Überschuß hat der Sequester bei einfacher Sequestration dem Exequenten der gerichtlichen Weisung gemäß auszufolgen, bei mehrfacher Sequestration aber bei Gericht zu erlegen, welchem obliegt, wie bei Vorlage eines Meistbotes eine Vertheilungsverhandlung einzuleiten und durchzuführen.

Die Exekution auf die Früchte erlischt mit dem zeitlichen Rechte des Exekuten, mit der Befriedigung des Exequenten, mit der zwangsweisen Veräußerung der Sache, durch Abstehen des Gläubigers und bei einer Übereinkunft, welche die Sequestration entbehrlich macht, so bei Vereinbarung der Verpachtung.

Eine exekutive Verpachtung mittelst öffentlicher Versteigerung ist (abgesehen von der Einbringung rückständiger Realsteuern Hfkzd. v. 16. Dezember 1841 Nr. 577) nur den unter öffentlicher Aufsicht stehenden Hypothekarkreditanstalten zugestanden: diese haben, wenn sie sich für die exekutive Verpachtung entscheiden, entsprechende Lizitationsbedingnisse vorzuschlagen, welche das Gericht ohne Einvernehmung des Schuldners prüft und genehmigt. Bei Bewilligung der Versteigerung ist zu bestimmen, an wen, nach Berichtigung der Vorzugsposten, der etwa verbleibende Pachtschilling abzuführen sei (ar. 10 V. v. 28. Okt. 1865 R. 110,

[15]) Ent. v. 29. März 1883, Ger. Z. 1885 : 47.

Digitized by Google

§. 40 des Statutes der österr.-ungar. Bank, ar. 112 des Statutes der österr. Bodenkreditanstalt).

§. 185.

Die Exekution durch Veräußerung unbeweglichen Gutes.[1])

Gegenstand der Exekution sind unbewegliche Güter und Immobilarrechte.[2]) Die Exekution zerfällt in drei Stadien, nämlich die exekutive Pfändung, Schätzung und Feilbietung. Ist eine Hypothekarforderung Exekutionsobjekt, so entfällt die Schätzung (Hfd. v. 27. Oktober 1797 Nr. 385); sie entfällt auch bei Exekutionen begünstigter Kreditinstitute.

1. Die exekutive Pfändung.

Ist das unbewegliche Gut (Immobilarrecht) ein Grundbuchsobjekt, so wird der erste Exekutionsgrad erwirkt durch Einverleibung des exekutiven Pfandrechtes, welche der Erkenntnißrichter bewilligt, und das Tabulargericht vollzieht, §. 322 (426). Schreitet ein Hypothekargläubiger zur Exekution, so ist, damit die Exekution der Ordnung nach fortgesetzt werden kann (Hfd. v. 12. Okt. 1790 Nr. 65) dennoch der erste Exekutionsgrad durch Anmerkung der Exekution (§. 426 g. G. O.)[3]) zu erwirken. War die Pfändung und Schätzung zur Sicherstellung bewilligt und vollzogen (V. vom 18. Juli 1859 R. 130), so bedarf es der Wiederholung dieser Akte nicht. Die Vereitelung der Exekution durch Veräußerung im Zuge des Prozesses ist durch grundbücherliche Anmerkung abzuwehren.

Hat das liegende Gut keine bücherliche Einlage, so ist die Pfändung wie bei Mobilien durch pfandweise Beschreibung[4])

[1]) Exner: Österr. Hypothekenrecht; Gspan: Gesetzmäßige Befriedigung.

[2]) Exner a. a. O. 54, 367.

[3]) Exner a. a. O. 340.

[4]) G. U. 5729, Jud. B. 104.

Digitized by Google

von der Realinstanz zu vollziehen, und sind davon die Parteien in Erledigung des Berichtes des Gerichtsabgeordneten zu verständigen.

2. Die exekutive Schätzung.

Nach dem Vollzuge des ersten Exekutionsgrades, und unter Ausweis dessen (durch einen Auszug aus dem Grundbuche [5]) kann der Exequent um die exekutive Schätzung beim Erkenntnißrichter oder bei der Realinstanz, §. 323 (428), in deren Wirkungskreis dieser Realakt fällt (§. 51 J. N.), ansuchen.

Die Schätzung erfolgt nach dem 17. Kap. der G. O. (über den Beweis durch Kunstverständige), also unter Leitung eines Gerichtskommissärs (Notars) von (je) zwei Experten, unter Vorladung des Exequenten und Exekuten, bei mittlerweile erfolgter Übertragung des Exekutionsobjektes [6]) auch des Realexekuten. Ladung der Tabulargläubiger ist nicht gefordert.

Die Schätzung hat den Ausrufspreis §. 326 (432) und den Gutsbestand, §. 333 (441) für die Feilbietung festzustellen. Das Operat begreift den Befund, d. i. die Beschreibung des Gutes, und daran anschließend das Gutachten über den Preis. Zugehör ist bei der Schätzung einzubeziehen; über die Frage was als Zugehör der Realität zu gelten habe, ist, wo nöthig nach Einvernehmung von Sachverständigen, [7]) vom Gericht zu entscheiden. [8]) Auf die stehenden Früchte ist nicht Bedacht zu nehmen, weil die Verfügung darüber dem Exekuten oder Sequester nicht entzogen wird. Die mit dem Besitze des Gutes ver-

[5]) G. U. 3316.

[6]) Die exekutive Schätzung wird durch den nach Erwirkung des exekutiven Pfandrechtes erfolgten Übergang des Exekutionsobjektes in dritte Hand nicht gehindert, G. U. 7706, 7974.

[7]) Vergl. §. 26 des Pat. v. 1. Nov. 1781 Nr. 27.

[8]) Die Experten liefern für diese Entscheidung nur das Substrat, Ent. v. 20. Juli 1883, Ger. Z. 1883 : 102.

Digitized by Google

bundenen Rechte erhöhen den Werth; Lasten, welchen der Vorrang vor allen Gläubigern zukommt, mindern den Werth. Gehen aber der Belastung Hypothekargläubiger voraus, so ist der Werth des Gutes mit und ohne Belastung festzustellen, weil das Gut lastenfrei feilzubieten ist, wenn das Meistbot für das belastete Gut zur Befriedigung der vorhergehenden Hypothekarforderungen nicht ausreicht (§. 32 Kon. O.). Verbücherte Bestandrechte schaffen bei exekutiver Veräußerung schlechthin nur ein Vorrecht für die Entschädigung, §. 1121 b. G. B. Ein verbüchertes Vorkaufsrecht begründet nur die Ladung des Berechtigten zur Feilbietung, §. 1076 b. G. B.

Von dem Vollzuge der entsprechend befundenen, also vorher ev. ergänzten Schätzung hat das Gericht, welches sie bewilligt hat, die Parteien zu verständigen und ihnen dabei freizuhalten, das Schätzungsprotokoll einzusehen, und davon Abschrift zu erheben (Hfd. v. 26. Januar 1828 Nr. 2324). Bei der Verständigung ist dem Exequenten die Begleichung der Kosten der Schätzung aufzutragen (Hfd. v. 17. Dezember 1830 Nr. 2496), soweit sie durch den von ihm erhobenen Vorschuß nicht gedeckt sind.

Gelangt ein zweiter Exequent zu dem Stadium der Schätzung, so ist über sein Ansuchen und auch von Amtswegen [9]) die erfolgte Schätzung für die neuerliche Exekution giltig zu erklären; wäre das wegen des Alters der Schätzung [10]) oder wegen mittlerweile eingetretener Veränderungen [11]) bedenklich, so ist nach Einvernehmung der Interessenten zu entscheiden, ob die Schätzung zu wiederholen sei.

Die unter Staatsaufsicht stehenden Hypothekarkreditanstalten, bedürfen keiner Schätzung: es gilt als Ausrufspreis jener Werth

---

[9]) G. U. 1733.

[10]) G. U. 6551, 6973.

[11]) Brand, G. U. 3743, 6534, 7435, — Abtrennung von Bestandtheilen, Ent. v. 28. November 1883, C. 8, 28.

Digitized by Google

welcher der Ermittlung der Deckung zu Grunde gelegt wurde, oder sich nach jener Ermittlungsart ergibt, die im Statute zur Feststellung des Ausrufspreises bestimmt ist (ar. IV. V. vom 28. Oktober 1865 R. 110.).[12]) Diese vertragsmäßige Werthbestimmung der Hypothek gilt nicht für einen nachher eintretenden gewöhnlichen Exequenten.[13])

Von der Schätzung werden dritte Tabularinteressenten nicht verständigt, doch wird ihnen das Recht zum Rekurse bei Vorfall von Gesetzwidrigkeiten zugestanden.[14])

3. Die exekutive Feilbietung.

Die exekutive Feilbietung ist die vom Gerichte vermittelte Hintangabe des Exekutionsobjektes mittelst öffentlicher Versteigerung und mit der Wirkung, daß das Exekutionsobjekt an den Meistbietenden frei von allen Lasten übertragen wird, welche nicht zu Folge der Feilbietungsbedingnisse zu übernehmen sind.

Das Gesuch um Feilbietung ist zulässig nach Vollzug der Schätzung, soweit sie nicht zu Gunsten begünstigter Kreditinstitute entfällt. Die Feilbietung kann ansuchen der Exequent und auch der Exekut, obwohl die im §. 324 (429) vorbedachte Einlösungspflicht des Exequenten durch den M. Er. v. 16. Dezember 1851 R. 258 behoben wurde. Ein Eintrittsrecht der Realgläubiger in das Feilbietungsrecht ist nicht anerkannt; jeder Realgläubiger hat die Exekution für sich gerichtsordnungsmäßig zu betreiben. Privilegirte Hypothekarkreditinstitute sind aber allerdings berechtigt, in die einem andern Gläubiger bewilligte Feilbietung einzutreten, wenn dieser die Fortführung durch 14 Tage

---

[12]) Vergl. §. 47 des G. v. 27. Juni 1878 R. 66 für die österr.-ung. Bank, ar. 120 der Stat. der österr. Bodenkreditanstalt, §. 44 der Stat. der böhm. Hypothekenbank.

[13]) Besch. v. 1. Juli 1879, Jud. B. 104.

[14]) Ent. v. 29. August 1883, Spruchp. 8, 88.

Digitized by Google

verzögert, auch steht ein solches Eintrittsrecht im Konkursfalle dem Massevertwalter zu (§. 165 Kon. O.). Bei Konkurrenz von Feilbietungsgesuchen entscheidet die Priorität der Anbringung des Gesuches. [15])

Das Gesuch um Feilbietung kann bei dem Erkenntniß- und bei dem Realgericht eingebracht werden; [16]) demselben sind der Ausweis über den Vollzug der früheren Exekutionsstadien (Hfd. v. 20. Oktober 1789 Nr. 1059), der neueste vollständige Tabularextrakt, ein Entwurf der Feilbietungsbedingnisse, und so viele Gesuchsrubriken beizuschließen, als zur Verständigung der Tabularinteressenten, deren Wohnort anzuzeigen ist, erforderlich sind (Hfd. v. 22. Feber 1836 Nr. 446).

In Betrachtung zu ziehen sind die Feilbietungsbedingnisse, die Feilbietungstermine, das Feilbietungsedikt, die Verständigung der Tabularinteressenten, der Lizitationsakt und die allfällige Relizitation.

A. Die Feilbietungsbedingnisse enthalten die Modalitäten, unter welchen der Verkauf des Exekutionsobjektes erfolgen soll. Es ist Sache des Exequenten, einen Entwurf der Bedingnisse im Feilbietungsgesuche vorzulegen. [17]) Dieselben sind so einzurichten, daß sie dem Zwecke der Befriedigung der Gläubiger entsprechen, ohne den Verkauf durch lästige Bestimmungen zu erschweren.

Die Bedingnisse beziehen sich auf die genaue Bestimmung des Verkaufsobjektes, die Höhe des Vadiums, die Art der Be-

[15]) Canstein: Zivilprozeßrecht S. 622, — anders im Lehrbuch II. 882, es entscheide die Priorität der Schätzung.

[16]) Der Exequent kann sein Gesuch dahin beschränken, daß die Feilbietung nicht unter einem bestimmten Minimalpreis erfolgen soll, Ent. v. 30. Oktober 1883, Spruchp. 1, 116.

[17]) Exner a. a. O. 351, Canstein: Lehrb. II. 848 Nr. 33, Gspan I. 120 halten — gegen Winter in Wagners Z. 1835 I. 181 in einfachen Fällen die gesetzlichen Bestimmungen für zureichend und daher Feilbietungsbedingnisse für entbehrlich. S. weiter Ungermann in den Jur. Bl. 1884: 26 fol.

Digitized by Google

stellung und die Befreiung bestimmter Hypothekargläubiger von dem Erlage, auf die Kaufschillingszahlungs- und Verzinsungsmodalitäten, auf den Zeitpunkt des Überganges der Nutzungen, der Lasten und der Gefahr, auf die Vertheilung der auf dem Gute befindlichen Früchte,[18]) sie bestimmen, welche Lasten der Käufer ohne Abzug vom Kaufschillinge zu übernehmen, welche Kosten der Ersteiger zu tragen habe. Gewöhnlich werden auch Bestimmungen über die Verpflichtung des Ersteigers zu rechtzeitiger Veranlassung der Kaufschillingsberechnung, über den bei Berechnung der Bedeckungskapitalien zu Grunde zu legenden Zinsfuß, über die Verpflichtung des Ersteigers zur Erwirkung der bücherlichen Eigenthumsübertragung, und auf den Fall der Relizitation auch die Bestimmung aufgenommen, daß der etwa erzielte Mehrerlös den Tabulargläubigern oder dem Exekuten zukommen soll. Gesetzlich bestimmt ist, daß der Schätzungswerth den Ausrufspreis bilde, unter welchem bei der ersten und zweiten Feilbietung kein Anbot angenommen wird, §. 326 (432), — daß der Ersteiger die mit dem Kaufschilling bedeckten, auf dem Gute haftenden Schulden übernehmen müsse, wenn die Gläubiger Zahlung ohne Kündigung nicht annehmen wollen, §. 328 (436), — daß bei der Versteigerung nur das Meistbot entscheide, §. 337 (449, 450), —

---

[18]) Die Ent. v. 16. Juni 1885, Sp. R. 123, folgert aus den Bestimmungen über das Vorrecht auf Befriedigung aus dem Kaufschillinge, unter Berufung auf den Plenissimarbeschluß v. 8. November 1879, Jud. B. 105: der Ersteher hat schon vom Tage der Feilbietung an die von der Realität entfallenden Steuern und andere den letzteren gleichgestellten öffentlichen Abgaben zu übernehmen, ihm ist vom Tage der Feilbietung an der Bezug der Nutzungen (Einkünfte) der Realität der physische Besitz derselben mit dem Beifügen einzuräumen, daß er von demselben Tage angefangen alle mit dem Besitze des unbeweglichen Gutes verbundenen Lasten überhaupt zu tragen und den bei ihm aushaftenden Kaufpreis antizipativ zu verzinsen habe. Die Feilbietungsbedingnisse sind dem entsprechend festzustellen. Vergl. Stromenger, Ger. H. 1885 : 19, — Ofner, ebenda 1885 : 46.

Digitized by Google

sind, also Grundstücke, Gerechtigkeiten, das Nutzungseigenthum, der Nießbrauch, Leibrenten, insbesondere Ausgedinge, Handels- und Gewerbsunternehmungen, auch Eisenbahnen (§. 47 G. v. 19. Mai 1874 R. 70). Ausgeschlossen ist die Sequestration, wenn das Einkommen nur durch persönliche Verwendung erzielt werden kann, so bei der Advokatie,[6]) bei dem Notariat,[7]) bei ärztlicher Praxis.[8])

Dem Gläubiger steht im Allgemeinen frei, aus der Sache selbst im Wege der Feilbietung, oder aus den Einkünften im Wege der Sequestration Befriedigung zu suchen. Ausnahmsweise ist er auf die Sequestration angewiesen, wenn er nur ein Recht auf die Früchte und das Einkommen erworben hat, oder das Recht des Exekuten nicht übertragbar, oder die Exekution gesetzlich beschränkt ist. So soll die Substanz des Kirchen- und Pfründenvermögens nur bei Unzulänglichkeit der Früchte exequirt werden (§. 40 G. v. 7. Mai 1874 R. 40), es soll auf das Ausgedinge die Exekution nur durch Sequestration geführt werden.[9])

Führt der Gläubiger die Exekution auf Früchte und Gefälle des Schuldners, so ist über sein Gesuch ihm hierauf das Pfandrecht zu ertheilen, ein Sequester zu bestellen und dieser in den Besitz des Sequestrationsobjektes einzuführen. Betrifft die Sequestration einen Grundbuchskörper oder bücherliche Rechte, so ist das Pfandrecht im öffentlichen Buche „vorzumerken" §. 320 (422), d. h. bei Neuerwerb einzuverleiben, wenn aber ein Hypothekargläubiger Exekution führt, anzumerken.[10])

Die Aufstellung eines Sequesters entfällt, wenn die dem Exekuten gehörigen Früchte in einem ohne alle Verwaltungshand-

---

[6]) Anders G. U. 6616.
[7]) G. U. 3836, 6826.
[8]) G. U. 5150, 6624, 8070.
[9]) Ent. v. 19. Feber 1873, Sp. R. 41.
[10]) Exner: a. a. O. 333.

Digitized by Google

lungen einfließenden Nettogeldertrag bestehen;[11]) in diesem Falle genügt die Überweisung des Geldertrages an den Exequenten, §. 321 (425) und Hfd. v. 4. Juni 1792 Nr. 22 (424, 425).

Den Sequester hat der Exequent im Exekutionsgesuche vorzuschlagen; das Gericht bestellt den Vorgeschlagenen, wenn sich gegen ihn keine Bedenken ergeben, und macht ihn dem Exekuten namhaft; bringt dieser Einwendungen gegen den Sequester ein, so ist darüber nach Einvernehmung beider Theile mit Bescheid zu erkennen, doch wird durch diese Verhandlung die Einführung des Sequesters nicht gehemmt.[12]) Der Exequent kann sich selbst als Sequester vorschlagen (Res. vom 31. Oktober 1785 Nr. 489).

Dem Sequester kommt die Verwaltung des Gutes (Hfd. v. 6. Mai 1814 Nr. 1085) und die Einhebung der Früchte und Gefälle zu, §. 320 (422); er hat aus den Einkünften die laufenden Zahlungen, insbesondere auch die Zinsen der Hypothekarkapitalien abzuführen (Hfd. v. 12. Okt. 1790 Nr. 63), und über die Gebahrung Rechnung zu legen (Hfd. v. 6. Mai 1814); folglich ist er berechtigt zur Aufnahme von Arbeitern, zur Bestreitung von Wirthschafts- und Erhaltungsauslagen, zum Verkaufe der Naturalfrüchte, zu gerichtlicher Eintreibung von Forderungen. Ein außerordentlicher Aufwand bedarf der Zustimmung des Exequenten und Exekuten, ev. der Genehmigung des Gerichtes.[13])

---

[11]) Bestandzins, wenn das Immobile nicht belastet ist, G. U. 576, und Verwaltungshandlung entbehrlich erscheint, denn bei der Nothwendigkeit solcher Handlungen kann von der Bestellung des Sequesters nicht Umgang genommen werden, G. U. 6792; — Geldrentenforderung, G. U. 8079; — Leibrentenforderung, G. U. 4876; — Coupons, G. U. 5544.

[12]) G. U. 2343.

[13]) Die von dem exekutiven Sequester erzielten, bereits abgetrennten Früchte sind kein Objekt der Exekution für dritte Gläubiger, Ent. vom 21. September 1882, Ger. Z. 1885 : 62, — richtiger, sie sind nur Exekutionsobjekt unbeschadet des früheren Pfandrechtes des Exekutionsführers, Ent. v. 13. Feber 1883, Spruchp. 1, 114.

Digitized by Google

Aus dem Erträgnisse hat der Sequester neben den Verwaltungsauslagen die nicht über drei Jahre rückständigen und die laufenden Steuern, und gleiches Vorrecht genießenden Giebigkeiten, dann die Zinsen der, der exequirten Forderung bücherlich vorangehenden Kapitalien, und andere, mit besserem Pfandrechte versehene fortlaufende Zahlungen zu bestreiten. Nur das, was nach diesen Zahlungen erübrigt, fällt dem Exequenten auf Zinsen, Kapital und Gerichtskosten zu (Hfd. v. 12. Okt. 1790 Nr. 63).

Auf eine Entlohnung hat der Sequester nach §. 1004 b. G. B. Anspruch. Da seine Mühewaltung im Interesse der konkurrirenden Gläubiger liegt, ist die Entlohnung, wie Massekosten im Konkurse, als Vorzugsposten zu behandeln.[14]) Das Maß der Entlohnung bestimmt der Exequent und Exekut, im Falle der Uneinigkeit beider, oder der Bestreitung von einem Mitinteressenten das Gericht.

Würde nach der Einleitung einer Sequestration ein zweiter Gläubiger um Sequestration desselben Objektes ansuchen, so ändert das, selbst wenn der neue Gläubiger ein bücherliches Vorrecht hat, nichts an dem Besitzrechte des ersten Sequestrationswerbers; es sind daher die bis dahin erzielten Überschüsse Befriedigungsfond für den ersten Gläubiger, auch wird in der Person des Sequesters ohne wichtige Ursache, und ohne Vernehmung der Parteien keine Änderung vorgenommen. Der Sequester ist lediglich anzuweisen, bei der Verwaltung und Rechnungslegung auf die weitere Sequestration Bedacht zu nehmen (Hfd. v. 6. Mai 1814 Nr. 1085), d. h. von der Bewilligung der weiteren Sequestration ist für die Verzinsung und Befriedigung nicht die Priorität der Sequestration, sondern der Rang des für die exequirte Forderung

[14]) Anders die Ent. v. 11. Oktober 1881, Spruchp. 2, 39, die Sequestrationskosten seien bloß in der bücherlichen Rangordnung der exequirten Forderung zuzuweisen, der Sequester sei gerichtlich bestellter Mandator des Sequestrationswerbers und Exekuten, nicht auch der übrigen Tabulargläubiger.

Digitized by Google

erwirkten Pfandrechtes entscheidend.[15]) Das gilt auch bei Konkurrenz einer gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Sequestration; das Gericht bestellt den administrativen zum gerichtlichen Sequester.

Die Rechnung des Sequesters, — welche, wie bei provisorischer Sequestration bei Beendigung des Geschäftes ev. binnen 30 Tagen nach Ablauf eines jeden Jahres zu erstatten, und nach dem Einvernehmen der Interessenten, im Streitfalle aber vom Gericht zu erledigen ist §. 297 (393), — begreift die Nachweisung der Einnahmen und des auf die Wirthschaft, die laufenden Giebigkeiten und die Verzinsung der Hypothekarkapitalien gemachten Aufwandes. Den Überschuß hat der Sequester bei einfacher Sequestration dem Exequenten der gerichtlichen Weisung gemäß auszufolgen, bei mehrfacher Sequestration aber bei Gericht zu erlegen, welchem obliegt, wie bei Vorlage eines Meistbotes eine Vertheilungsverhandlung einzuleiten und durchzuführen.

Die Exekution auf die Früchte erlischt mit dem zeitlichen Rechte des Exekuten, mit der Befriedigung des Exequenten, mit der zwangsweisen Veräußerung der Sache, durch Abstehen des Gläubigers und bei einer Übereinkunft, welche die Sequestration entbehrlich macht, so bei Vereinbarung der Verpachtung.

Eine exekutive Verpachtung mittelst öffentlicher Versteigerung ist (abgesehen von der Einbringung rückständiger Realsteuern Hfkzd. v. 16. Dezember 1841 Nr. 577) nur den unter öffentlicher Aufsicht stehenden Hypothekarkreditanstalten zugestanden: diese haben, wenn sie sich für die exekutive Verpachtung entscheiden, entsprechende Lizitationsbedingnisse vorzuschlagen, welche das Gericht ohne Einvernehmung des Schuldners prüft und genehmigt. Bei Bewilligung der Versteigerung ist zu bestimmen, an wen, nach Berichtigung der Vorzugsposten, der etwa verbleibende Pachtschilling abzuführen sei (ar. 10 V. v. 28. Okt. 1865 R. 110,

[15]) Ent. v. 29. März 1883, Ger. Z. 1885 : 47.

Digitized by Google

§. 40 des Statutes der österr.-ungar. Bank, ar. 112 des Statutes der österr. Bodenkreditanstalt).

§. 185.

Die Exekution durch Veräußerung unbeweglichen Gutes.[1]

Gegenstand der Exekution sind unbewegliche Güter und Immobilarrechte.[2] Die Exekution zerfällt in drei Stadien, nämlich die exekutive Pfändung, Schätzung und Feilbietung. Ist eine Hypothekarforderung Exekutionsobjekt, so entfällt die Schätzung (Hfd. v. 27. Oktober 1797 Nr. 385); sie entfällt auch bei Exekutionen begünstigter Kreditinstitute.

1. Die exekutive Pfändung.

Ist das unbewegliche Gut (Immobilarrecht) ein Grundbuchsobjekt, so wird der erste Exekutionsgrad erwirkt durch Einverleibung des exekutiven Pfandrechtes, welche der Erkenntnißrichter bewilligt, und das Tabulargericht vollzieht, §. 322 (426). Schreitet ein Hypothekargläubiger zur Exekution, so ist, damit die Exekution der Ordnung nach fortgesetzt werden kann (Hfd. v. 12. Okt. 1790 Nr. 65) dennoch der erste Exekutionsgrad durch Anmerkung der Exekution (§. 426 g. G. O.)[3] zu erwirken. War die Pfändung und Schätzung zur Sicherstellung bewilligt und vollzogen (V. vom 18. Juli 1859 R. 130), so bedarf es der Wiederholung dieser Akte nicht. Die Vereitelung der Exekution durch Veräußerung im Zuge des Prozesses ist durch grundbücherliche Anmerkung abzuwehren.

Hat das liegende Gut keine bücherliche Einlage, so ist die Pfändung wie bei Mobilien durch pfandweise Beschreibung[4]

[1] Exner: Österr. Hypothekenrecht; Gspan: Gesetzmäßige Befriedigung.

[2] Exner a. a. O. 54, 367.

[3] Exner a. a. O. 340.

[4] G. U. 5729, Jud. B. 104.

Digitized by Google

von der Realinstanz zu vollziehen, und sind davon die Parteien in Erledigung des Berichtes des Gerichtsabgeordneten zu verständigen.

2. Die exekutive Schätzung.

Nach dem Vollzuge des ersten Exekutionsgrades, und unter Ausweis dessen (durch einen Auszug aus dem Grundbuche [5]) kann der Exequent um die exekutive Schätzung beim Erkenntnißrichter oder bei der Realinstanz, §. 323 (428), in deren Wirkungskreis dieser Realakt fällt (§. 51 J. N.), ansuchen.

Die Schätzung erfolgt nach dem 17. Kap. der G. O. (über den Beweis durch Kunstverständige), also unter Leitung eines Gerichtskommissärs (Notars) von (je) zwei Experten, unter Vorladung des Exequenten und Exekuten, bei mittlerweile erfolgter Übertragung des Exekutionsobjektes [6]) auch des Realexekuten. Ladung der Tabulargläubiger ist nicht gefordert.

Die Schätzung hat den Ausrufspreis §. 326 (432) und den Gutsbestand, §. 333 (441) für die Feilbietung festzustellen. Das Operat begreift den Befund, d. i. die Beschreibung des Gutes, und daran anschließend das Gutachten über den Preis. Zugehör ist bei der Schätzung einzubeziehen; über die Frage was als Zugehör der Realität zu gelten habe, ist, wo nöthig nach Einvernehmung von Sachverständigen, [7]) vom Gericht zu entscheiden. [8]) Auf die stehenden Früchte ist nicht Bedacht zu nehmen, weil die Verfügung darüber dem Exekuten oder Sequester nicht entzogen wird. Die mit dem Besitze des Gutes ver-

---

[5]) G. U. 3316.

[6]) Die exekutive Schätzung wird durch den nach Erwirkung des exekutiven Pfandrechtes erfolgten Übergang des Exekutionsobjektes in dritte Hand nicht gehindert, G. U. 7706, 7974.

[7]) Vergl. §. 26 des Pat. v. 1. Nov. 1781 Nr. 27.

[8]) Die Experten liefern für diese Entscheidung nur das Substrat, Ent. v. 20. Juli 1883, Ger. Z. 1883 : 102.

Digitized by Google

bundenen Rechte erhöhen den Werth; Lasten, welchen der Vorrang vor allen Gläubigern zukommt, mindern den Werth. Gehen aber der Belastung Hypothekargläubiger voraus, so ist der Werth des Gutes mit und ohne Belastung festzustellen, weil das Gut lastenfrei feilzubieten ist, wenn das Meistbot für das belastete Gut zur Befriedigung der vorhergehenden Hypothekarforderungen nicht ausreicht (§. 32 Kon. O.). Verbücherte Bestandrechte schaffen bei exekutiver Veräußerung schlechthin nur ein Vorrecht für die Entschädigung, §. 1121 b. G. B. Ein verbüchertes Vorkaufsrecht begründet nur die Ladung des Berechtigten zur Feilbietung, §. 1076 b. G. B.

Von dem Vollzuge der entsprechend befundenen, also vorher ev. ergänzten Schätzung hat das Gericht, welches sie bewilligt hat, die Parteien zu verständigen und ihnen dabei freizuhalten, das Schätzungsprotokoll einzusehen, und davon Abschrift zu erheben (Hfd. v. 26. Januar 1828 Nr. 2324). Bei der Verständigung ist dem Exequenten die Begleichung der Kosten der Schätzung aufzutragen (Hfd. v. 17. Dezember 1830 Nr. 2496), soweit sie durch den von ihm erhobenen Vorschuß nicht gedeckt sind.

Gelangt ein zweiter Exequent zu dem Stadium der Schätzung, so ist über sein Ansuchen und auch von Amtswegen [9]) die erfolgte Schätzung für die neuerliche Exekution giltig zu erklären; wäre das wegen des Alters der Schätzung [10]) oder wegen mittlerweile eingetretener Veränderungen [11]) bedenklich, so ist nach Einvernehmung der Interessenten zu entscheiden, ob die Schätzung zu wiederholen sei.

Die unter Staatsaufsicht stehenden Hypothekarkreditanstalten, bedürfen keiner Schätzung: es gilt als Ausrufspreis jener Werth

---

[9]) G. U. 1733.

[10]) G. U. 6551, 6973.

[11]) Brand, G. U. 3743, 6534, 7435, — Abtrennung von Bestandtheilen, Ent. v. 28. November 1883, C. 8, 28.

Digitized by Google

welcher der Ermittlung der Deckung zu Grunde gelegt wurde, oder sich nach jener Ermittlungsart ergibt, die im Statute zur Feststellung des Ausrufspreises bestimmt ist (ar. IV. V. vom 28. Oktober 1865 R. 110.). [12]) Diese vertragsmäßige Werthbestimmung der Hypothek gilt nicht für einen nachher eintretenden gewöhnlichen Exequenten. [13])

Von der Schätzung werden dritte Tabularinteressenten nicht verständigt, doch wird ihnen das Recht zum Rekurse bei Vorfall von Gesetzwidrigkeiten zugestanden. [14])

3. Die exekutive Feilbietung.

Die exekutive Feilbietung ist die vom Gerichte vermittelte Hintangabe des Exekutionsobjektes mittelst öffentlicher Versteigerung und mit der Wirkung, daß das Exekutionsobjekt an den Meistbietenden frei von allen Lasten übertragen wird, welche nicht zu Folge der Feilbietungsbedingnisse zu übernehmen sind.

Das Gesuch um Feilbietung ist zulässig nach Vollzug der Schätzung, soweit sie nicht zu Gunsten begünstigter Kreditinstitute entfällt. Die Feilbietung kann ansuchen der Exequent und auch der Exekut, obwohl die im §. 324 (429) vorbedachte Einlösungspflicht des Exequenten durch den M. Er. v. 16. Dezember 1851 R. 258 behoben wurde. Ein Eintrittsrecht der Realgläubiger in das Feilbietungsrecht ist nicht anerkannt; jeder Realgläubiger hat die Exekution für sich gerichtsordnungsmäßig zu betreiben. Privilegirte Hypothekarkreditinstitute sind aber allerdings berechtigt, in die einem andern Gläubiger bewilligte Feilbietung einzutreten, wenn dieser die Fortführung durch 14 Tage

---

[12]) Vergl. §. 47 des G. v. 27. Juni 1878 R. 66 für die österr.-ung. Bank, ar. 120 der Stat. der österr. Bodenkreditanstalt, §. 44 der Stat. der böhm. Hypothekenbank.

[13]) Besch. v. 1. Juli 1879, Jud. B. 104.

[14]) Ent. v. 29. August 1883, Spruchp. 8, 38.

Digitized by Google

verzögert, auch steht ein solches Eintrittsrecht im Konkursfalle dem Massevervalter zu (§. 165 Kon. O.). Bei Konkurrenz von Feilbietungsgesuchen entscheidet die Priorität der Anbringung des Gesuches.[15])

Das Gesuch um Feilbietung kann bei dem Erkenntniß- und bei dem Realgericht eingebracht werden;[16]) demselben sind der Ausweis über den Vollzug der früheren Exekutionsstadien (Hfd. v. 20. Oktober 1789 Nr. 1059), der neueste vollständige Tabularextrakt, ein Entwurf der Feilbietungsbedingnisse, und so viele Gesuchsrubriken beizuschließen, als zur Verständigung der Tabularinteressenten, deren Wohnort anzuzeigen ist, erforderlich sind (Hfd. v. 22. Feber 1836 Nr. 446).

In Betrachtung zu ziehen sind die Feilbietungsbedingnisse, die Feilbietungstermine, das Feilbietungsedikt, die Verständigung der Tabularinteressenten, der Lizitationsakt und die allfällige Relizitation.

A. Die Feilbietungsbedingnisse enthalten die Modalitäten, unter welchen der Verkauf des Exekutionsobjektes erfolgen soll. Es ist Sache des Exequenten, einen Entwurf der Bedingnisse im Feilbietungsgesuche vorzulegen.[17]) Dieselben sind so einzurichten, daß sie dem Zwecke der Befriedigung der Gläubiger entsprechen, ohne den Verkauf durch lästige Bestimmungen zu erschweren.

Die Bedingnisse beziehen sich auf die genaue Bestimmung des Verkaufsobjektes, die Höhe des Vadiums, die Art der Be-

[15]) Canstein: Zivilprozeßrecht S. 622, — anders im Lehrbuch II. 882, es entscheide die Priorität der Schätzung.

[16]) Der Exequent kann sein Gesuch dahin beschränken, daß die Feilbietung nicht unter einem bestimmten Minimalpreis erfolgen soll, Ent. v. 30. Oktober 1883, Spruchp. 1, 116.

[17]) Exner a. a. O. 351, Canstein: Lehrb. II. 848 Nr. 33, Gspan I. 120 halten — gegen Winter in Wagners Z. 1835 I. 181 in einfachen Fällen die gesetzlichen Bestimmungen für zureichend und daher Feilbietungsbedingnisse für entbehrlich. S. weiter Ungermann in den Jur. Bl. 1884: 26 fol.

Digitized by Google

stellung und die Befreiung bestimmter Hypothekargläubiger von dem Erlage, auf die Kaufschillingszahlungs- und Verzinsungsmodalitäten, auf den Zeitpunkt des Überganges der Nutzungen, der Lasten und der Gefahr, auf die Vertheilung der auf dem Gute befindlichen Früchte,[18]) sie bestimmen, welche Lasten der Käufer ohne Abzug vom Kaufschillinge zu übernehmen, welche Kosten der Ersteiger zu tragen habe. Gewöhnlich werden auch Bestimmungen über die Verpflichtung des Ersteigers zu rechtzeitiger Veranlassung der Kaufschillingsberechnung, über den bei Berechnung der Bedeckungskapitalien zu Grunde zu legenden Zinsfuß, über die Verpflichtung des Ersteigers zur Erwirkung der bücherlichen Eigenthumsübertragung, und auf den Fall der Relizitation auch die Bestimmung aufgenommen, daß der etwa erzielte Mehrerlös den Tabulargläubigern oder dem Exekuten zukommen soll. Gesetzlich bestimmt ist, daß der Schätzungswerth den Ausrufspreis bilde, unter welchem bei der ersten und zweiten Feilbietung kein Anbot angenommen wird, §. 326 (432), — daß der Ersteiger die mit dem Kaufschilling bedeckten, auf dem Gute haftenden Schulden übernehmen müsse, wenn die Gläubiger Zahlung ohne Kündigung nicht annehmen wollen, §. 328 (436), — daß bei der Versteigerung nur das Meistbot entscheide, §. 337 (449, 450), —

---

[18]) Die Ent. v. 16. Juni 1885, Sp. R. 123, folgert aus den Bestimmungen über das Vorrecht auf Befriedigung aus dem Kaufschillinge, unter Berufung auf den Plenissimarbeschluß v. 8. November 1879, Jud. B. 105: der Ersteher hat schon vom Tage der Feilbietung an die von der Realität entfallenden Steuern und andere den letzteren gleichgestellten öffentlichen Abgaben zu übernehmen, ihm ist vom Tage der Feilbietung an der Bezug der Nutzungen (Einkünfte) der Realität, der physische Besitz derselben mit dem Beifügen einzuräumen, daß er von demselben Tage angefangen alle mit dem Besitze des unbeweglichen Gutes verbundenen Lasten überhaupt zu tragen und den bei ihm aushaftenden Kaufpreis antizipativ zu verzinsen habe. Die Feilbietungsbedingnisse sind dem entsprechend festzustellen. Vergl. Stromenger, Ger. H. 1885 : 19, — Ofner, ebenda 1885 : 46.

Digitized by Google

daß bei Versäumung der Zahlungsfristen Relizitation erfolge, §. 338 (451), — und daß das Eigenthum dem Ersteher erst nach vollständiger Zahlung oder Sicherstellung des Kaufschillinges, oder nach Verständigung mit den Theilnehmern zugewiesen werden könne, §. 339 (452).

Trotz dem allseitigen Interesse wird eine Verhandlung mit dem Exekuten und den Tabulargläubigern über die Feilbietungsbedingnisse in der Regel nicht gepflogen,[19]) sondern der Entwurf vom Richter geprüft, und nach entsprechender Ergänzung oder Eliminirung festgestellt. Vorbehalten ist den Interessenten, nach der Verständigung von der Feilbietung gegen den Verkauf unter diesen Modalitäten Rekurs zu ergreifen,[20]) welcher an sich die Feilbietung nicht hemmt, jedoch dem Richter bei Besorgniß unwiederbringlichen Schadens zur Aufschiebung derselben veranlaßt. Haftet das feilzubietende Gut begünstigten Kreditanstalten[21]) als Hypothek, so sind ihnen bei der Verständigung von der Bewilligung die vom Exequenten vorgelegten Feilbietungsbedingnisse mitzutheilen, und ist ihnen freizustellen, binnen einer zwischen 14 und 30 Tagen bemessenen Frist ihrerseits Bedingnisse vorzuschlagen.

B. Zur Feilbietung hat der Richter drei Termine,[22]) mit genauer Angabe von Tag, Stunde und Ort der Feilbietung

[19]) Das Gericht kann die Vernehmung der Interessenten anordnen, G. U. 2001, 2120, 2396, 7611.

[20]) Sonnleithner in Wagners Zeitschr. 1830 II. 159, 1834 II. 1.

[21]) Der österr.-ungar. Bank, §. 48 G. v. 27. Juni 1878, der österr. Bodenkreditanstalt ar. 121 Stat., der böhm. Hypothekenbank, der gal. ständ. Kreditanstalt, V. v. 3. Juli 1859 R. 121,

[22]) Im Bereiche der gal. G. O. sind im Feilbietungsedikte sofort drei Lizitationstermine auszuschreiben, wenn die einverleibten Schulden den durch die Schätzung bestimmten Werth nicht übersteigen; doch ist, wenn im dritten Termin ein alle Gläubiger bedeckendes Anbot nicht erfolgt, vorerst eine Verhandlung mit den Gläubigern nach Vorschrift der §§. 148–152 über Erleichterung der Feilbietungsbedingnisse oder Übernahme des Immobile ins Gesammteigenthum an Zahlungsstatt einzuleiten, und eventuell

Digitized by Google

anzuordnen, und beizufügen, daß, wenn das Gut weder bei dem ersten, noch bei dem zweiten Termine um den Schätzungsbetrag oder darüber an den Mann gebracht werden könnte, es bei dem dritten auch unter der Schätzung verkauft werden würde.[23] Die Termine sind in Zwischenräumen von ungefähr 30 Tagen anzuordnen; bei Feilbietung größerer Landgüter kann der erste Termin bis auf 90 Tage anberaumt werden, §§. 326, 327 (432, 435).

C. Das Feilbietungsedikt, mit welchem den Kauflustigen die Feilbietung zur Wissenschaft gebracht wird, enthält: 1. die Bezeichnung des Exekutionsobjektes, des Exequenten, des Exekuten, der Forderung, wegen welcher die Exekution erfolgt, und den Ausrufspreis; 2. die Bekanntmachung der angeordneten Termine, mit dem Beisatz, betreffend den Verkauf unter der Schätzung; 3. „die Bedingnisse" der Feilbietung,[24] nach der Praxis regelmäßig nur die Angabe, an welcher Stelle diese Bedingnisse, das Schätzungsprotokoll und der Tabularextrakt eingesehen werden können, §. 328 (436). — Das Edikt ist thunlichst bald nach Bewilligung der Feilbietung durch Anschlag im Gerichtshause, und allenfalls auch durch die Zeitungen, §. 219 Gr. J., und nach der jeden Ortes beigebrachten Gewohnheit kundzumachen, §. 329

---

ein vierter Termin zum Verkauf unter dem Schätzungswerth auszuschreiben. — Übersteigen die einverleibten Schulden den Schätzungswerth, so sind im ersten Edikte nur zwei Lizitationstermine auszuschreiben, und wenn in keinem dieser Termine „für das Gut so viel, als die Schätzung beträgt, geboten wird", die Verhandlung nach den §§. 148–125 zu pflegen, und erst, wenn die Hypothekargläubiger ihre Erklärungen abgegeben haben, der dritte Termin auszuschreiben (Hfd. v. 25. Juni 1824, Nr. 2017).

[23] Der §. 9 der dem Abgeordnetenhause vorgelegten Exekutionsnovelle bestimmt: „Zur Feilbietung beweglicher, sowie unbeweglicher Sachen sind nur zwei Termine anzuordnen, bei deren letzteren sie, wenn der Schätzungswerth nicht zu erhalten ist, auch unter demselben veräußert werden müssen."

[24] Bei Divergenz zwischen den in das Edikt aufgenommenen und den vom Gerichte genehmigten Bedingnissen sind die letzteren maßgebend, Ent. v. 26. Feber 1885, Not. Z. 1885 : 17.

Digitized by Google

(437). Den Interessenten ist vorbehalten, das Edikt auf ihre Kosten auch anderweitig zu verlautbaren.

In dem in den öffentlichen Blättern bekannt zu machenden Edikt können die Tabularinteressenten, deren Wohnort unbekannt ist, von der Bestellung des Kurators mitverständigt werden (Er. v. 25. Oktober 1860 Z. 7703).

D. Zu verständigen sind von der Bewilligung der Feilbietung der Exequent (per cop. rubri), der Exekut (in dorso des Exekutionsgesuches), nicht nothwendig zu eigenen Händen.

Zu verständigen sind die Interessenten, speziell: das Steueramt, in dessen Bezirke die Realität (Er. v. 7. Dezember 1866 R. 155 — das steuerpflichtige Gebäude Er. v. 11. Mai 1868 R. 40) liegt, und wohl auch das Gemeindeamt mit Rücksicht auf das Vorzugsrecht gewisser Umlagen, — der Vorkaufsberechtigte, §. 1076 b. G. B., — (der Lehnsherr, Hfd. v. 27. Okt. 1815 Nr. 1186), — die auf dem „Gute vorgemerkten Gläubiger",[25]) (Hfd. v. 31. August 1792 Nr. 43) selbst wenn sie außer Landes wohnen, oder wenn ihr Aufenthalt unbekannt ist,[26]) und auch die nach eingeleiteter Feilbietung zur Vormerkung gelangenden Gläubiger (Hfd. v. 4. Juli 1794 Nr. 183) und zwar zu Handen eines Kurators, wenn die Verständigung ihnen nicht mehr vor der Feilbietung zugemittelt werden kann.[27])

Als vorgemerkte Gläubiger sind jene zu behandeln, welchen ein Pfandrecht (unbedingt oder bedingt) zusteht, und für welche an dem Exekutionsobjekte ein Servitutsrecht oder ein anderes

---

[25]) Für die bei der Feilbietung betheiligten öffentlichen Fonde erfolgt die Verständigung an die Verwaltungsbehörde, an die Finanzprokuratur nur, wenn sie bereits gerichtlich eingeschritten ist (V. des böhm. O. L. G. v. 26. Sept. 1856 Z. 5735).

[26]) Über die Art dieser Verständigung s. §. 55.

[27]) Die Verständigung hat unbedingt, G. U. 3421, 5672 — nicht bloß nach Thunlichkeit, G. U. 3484, 4006 — zu erfolgen.

Digitized by Google

dingliches, oder dem dinglichen gleich geachtetes Recht haftet (§. 32 Kon. O., §. 1121 b. G. B.).

Die Verständigung der Interessenten hat zu eigenen Handen derselben oder zu Handen des bekannten Sachwalters oder Bevollmächtigten (Hfd. v. 20. Juli 1810 Nr. 906), und jedenfalls so zeitig zu erfolgen, daß den Verständigten die Wahrung ihrer Interessen offen bleibt. Der Mangel gehöriger Verständigung begründet die Nullität der Feilbietung,[28]) doch genügt die Verständigung von dem ersten Feilbietungstermine (Hfd. v. 6. Mai 1847 Nr. 1063).[29])

Die Verständigung der Interessenten erfolgt zur Wahrung ihrer Rechte. Berechtigt sind sie zum Rekurse, wenn die Feilbietungsbedingnisse beschwerlich erscheinen; berechtigt sind eingetragene Pfandgläubiger zur Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht wurde, §. 462 b. G. B. bis zum Ausrufe des Gutes, welchem ein annehmbares Anbot folgt.

E. Die Feilbietung erfolgt bei Gericht von einem Richter, welchem bei Feilbietung größerer unbeweglicher Güter vom Gerichtshof noch ein zweiter Rath beizugeben ist (§. 188 Gr. J.), unter Beiziehung eines beeideten Protokollführers und eines beeideten Ausrufers.[30])

Der Richter hat vor Allem zu Protokoll festzustellen, daß das Edikt in der angeordneten Weise kundgemacht wurde,[31]) und daß der Exequent und Exekut und die Interessenten gehörig ver-

---

[28]) G. U. 1057, 3760 (anders 2340).

[29]) Unkenntniß der Sprache, in welcher die Verständigung ausgefertigt ist, berechtigt nicht zur Anfechtung der Feilbietung, Ent. v. 10. Juni 1884, Spruchp. 2, 39.

[30]) Vergl. die mit Hfkzd. v. 13. Sept. 1815 republizirte Feilbietungsordnung v. 15. Juli 1786 Nr. 565.

[31]) Bei Einschaltung des Ediktes in den öffentlichen Blättern hat der Exequent die Belegblätter vorzulegen.

Digitized by Google

ständigt wurden. Diesfällige Mängel[32]) veranlassen die Verschiebung der Feilbietung. Melden sich Kauflustige, so sind sie im Protokolle anzuführen, und deren Vadien in Empfang zu nehmen. Wer das Vadium nicht erlegt und von dem Erlage nicht befreit ist, wer sich nicht verpflichten, oder das Exekutionsobjekt nicht erwerben kann, ist von der Lizitation auszuschließen.[33]) Der Exequent kann mitbieten (Hfd. v. 6. Oktober 1789 Nr. 1055), nicht aber der Schuldner (Hfd. v. 27. März 1793 Nr. 95, §. 463 b. G. B., §. 449 g. G. O.).[34])

Vor dem Ausrufe sind den Kauflustigen die Schätzung des Gutes, die Bedingnisse, unter welchen die Veräußerung erfolgt, und die Lasten, welche ohne Rücksicht auf den Kaufschilling, oder nach Maßgabe desselben zu übernehmen sind, bekannt zu geben, §. 333 (441). Es sind die Kauflustigen von jenen Umständen zu verständigen, welche die Feilbietung nichtig oder unwirksam gestalten könnten.[35]) Wird nach dem Ausrufe ein Anbot gemacht, so ist es wiederholt zum ersten Male, und wenn keine Steigerung erfolgt, wiederholt zum zweiten Male auszurufen, und so oft jemand mehr bietet, mit dem Ausrufe vom Neuen anzufangen. Folgt dem wiederholt zum zweiten Male ausgerufenen Anbot und der Umfrage, ob niemand mehr bieten wolle, in fünf Minuten kein höheres Anbot, so ist die Versteigerung mit den Worten: zum dritten Male zu schließen, und hiermit das Gut dem Meistbietenden, wenn er auch der einzige Kauflustige gewesen wäre, und auch nichts über die Schätzung, ja bei dem dritten

---

[32]) Sowie wesentliche Änderungen in dem Bestande des Gutes (Jur. Bl. 1880 : 48).

[33]) Ausgeschlossen sind selbstverständlich vom Mitbieten die gerichtlich bestellten Exekutionsorgane.

[34]) Wohl auch nicht der Realschuldner; anders Exner a. a. O. 361 Note 18.

[35]) Die Kauflustigen sind zu verständigen, daß die Bewilligung der Feilbietung durch Rekurs angefochten ist, daß sich eine vom Exekuten verschiedene Person im faktischen Besitz des Gutes befindet, daß ein Eigenthumsstreit anhängig ist, G. U. 6174.

Digitized by Google

Termine auch einen Preis unter der Schätzung geboten hätte, zuzuschlagen. Auf eine Überlegungsfrist hat ein Kauflustiger nur einmal, und auf ungefähr eine Viertelstunde Anspruch, §§. 334—336 (442, 445, 446). Anbot nach Zuschlag ist schlechthin zurückzuweisen (Hfd. v. 3. November 1812). Bieten zwei Personen gleichen Preis, so hat jene den Vorzug, von welcher zuerst das höchste Anbot gemacht wurde (Res. v. 11. September 1784 Nr. 335[36]) (§. 447 g. G. O.), ein Vorzugsrecht kommt den Blutsverwandten des Schuldners, den Gläubigern u. s. w. nicht zu §. 337 (449). Das Anbot bereiter Zahlung hat den Vorzug vor jenem höheren Anbot, der auf Fristen, welche in den Feilbietungsbedingnissen nicht vorgesehen sind, geschieht (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621).

Der Ersteher hat das Tagsatzungsprotokoll und die Feilbietungsbedingnisse zu unterschreiben; sein Vadium ist in gerichtlichen Erlag zu nehmen, die übrigen eingelegten Sicherstellungen sind (gegen Empfangsbescheinigung im Protokoll) zurückzustellen. Nach Genehmigung des Feilbietungsaktes verfügt das Gericht von Amtswegen die Anmerkung des Vollzuges der Feilbietung im Grundbuche. Diese Anmerkung hat die Folge, daß weitere Eintragungen gegen den bisherigen Eigenthümer nur für den Fall ein Recht begründen, wenn die Versteigerung für unwirksam erklärt wird, dagegen aber über Ansuchen der Betheiligten zu löschen sind, wenn eine Anfechtung der Versteigerung nicht erfolgt, oder rechtskräftig abgewiesen wurde, §. 72 Gb. O.[37])

Erscheint in den ersten zwei Terminen kein Kauflustiger, oder bietet niemand wenigstens den Schätzungswerth, so hat der Richter, ohne ein Gesuch abzuwarten, in der für die Kundmachung

[36]) Eine Ausnahme ist anzuerkennen, wenn der Vorkaufsberechtigte gleichviel geboten hat, §. 1076 b. G. B.

[37]) Über die Bedeutung der Anmerkung Krainz, Ger. Z. 1868, 97; Randa, Ger. 1876, 94; Strohal: Eigenthum 110.

Digitized by Google

des Ediktes bestimmten Form bekannt zu geben, daß es bei dem angeordneten zweiten oder dritten Termin verbleibe, und davon die Parteien, nicht auch die weiteren Interessenten zu verständigen. Das in einem früheren Termin geschehene Anbot ist für den späteren Termin nicht bindend (Hfd. v. 11. September 1784 Nr. 335). Würde auch im dritten Termin kein Anbot erfolgen, so kann der Exequent, wenn er nicht die Sequestration vorzieht, weitere Feilbietungstermine ansuchen (Hfd. vom 30. Sept. 1784 Nr. 344, §. 434 g. G. O.). Eine neuerliche Verständigung der weiteren Interessenten wird bei Änderung der Feilbietungsbedingnisse unerläßlich.[38])

---

[38]) Über den Effekt der Erstehung des feilgebotenen Gutes s. S. 730.

Die dem Abgeordnetenhause vorgelegte Exekutionsnovelle kennt ein Überbots- und ein Verkaufsannullirungsverfahren. Sie bestimmt:

§ 10. Wenn bei einer vollzogenen zwangsweisen Veräußerung eines unbeweglichen Gutes der von dem Ersteher gebotene Preis das 70fache der von dem Gute zu entrichtenden Grundsteuer, beziehungsweise das 60fache der Hauszinssteuer oder das 150fache der Hausklassensteuer nicht erreicht, so kann die erfolgte Veräußerung durch ein die Anordnung einer neuen Feilbietung bezweckendes Überbot unwirksam gemacht werden. Ein solches Überbot ist jedoch nur dann zu berücksichtigen, wenn dem Überbieter kein Hinderniß entgegensteht, das ihn vom Bieten ausschließt, und wenn er sich erbietet, einen den früheren Meistbot mindestens um den zehnten Theil übersteigenden Preis zu entrichten, die Feilbietungsbedingungen zu erfüllen, sowie alle Kosten der neuen Feilbietung zu bezahlen, und den fünften Theil des angebotenen Betrages durch gerichtlichen oder notariellen Erlag von Geld oder Werthpapieren sicherstellt.

§. 11. Das Überbot ist innerhalb einer unerstreckbaren Frist von 14 Tagen von der vollzogenen Feilbietung schriftlich bei dem Gerichte welches die Feilbietung vorgenommen hat, zu überreichen, und ist mit dem Gesuche der erfolgte Erlag des nach §. 10 sicherzustellenden Betrages auszuweisen. Dem Gesuche sind ferner so viele Gesuchrubra beizulegen, als nöthig ist, um von dem hierüber ergehenden gerichtlichen Bescheide außer dem Überbieter selbst und dem Ersteher alle jene zu verständigen, welche nach der hierüber bestehenden Vorschrift vor der Feilbietung zu verständigen sind.

Digitized by Google

F. Wenn der Ersteiger die bedungenen Zahlungsfristen nicht einhält, §. 338 (451), oder ein anderes Feilbietungsbedingniß,

---

§. 12. Unter mehreren Überbietern wird Derjenige zugelassen, welcher den höchsten Preis angeboten hat; wenn die Überbote gleich sind, so entscheidet das Zuvorkommen.

Das Überbot kann nicht zurückgezogen werden.

§. 13. Nach Ablauf der für die Erklärung von Überboten bestimmten 14tägigen Frist (§. 11) hat das Gericht über die Annahme derselben mittelst Bescheid zu entscheiden. Gegen diese Entscheidung steht dem früheren Ersteher und allen denjenigen, welche Überbote gemacht haben, der Rekurs offen.

§. 14. Durch den Eintritt der Rechtskraft der Annahme eines Überbotes verliert die frühere Veräußerung ihre Wirksamkeit. Die von dem früheren Ersteher, sowie von den nicht zugelassenen Überbietern erlegten Gelder und Werthpapiere sind zurückzustellen.

§. 15. Nach Rechtskraft der Annahme eines Überbotes hat das Gericht eine neuerliche Feilbietungstagfahrt anzuordnen; mit dieser Anordnung ist, wenn die frühere Feilbietung durch einen Rekurs angefochten wurde, bis zur rechtskräftigen Erledigung desselben innezuhalten.

Gegen die Anordnung der neuerlichen Feilbietungstagfahrt ist ein Rekurs nicht zulässig.

In dem Feilbietungsedikte ist der von den Überbietern gebotene Preis anzugeben und zu bemerken, daß bei der Versteigerung nur ein diesen Betrag übersteigendes Anbot angenommen wird.

Wird ein diesen Betrag übersteigendes Anbot bei der neuerlichen Feilbietungstagfahrt nicht erzielt, so ist die Liegenschaft dem zugelassenen Überbieter um den von ihm gebotenen Preis zuzuschlagen.

Gegen diesen weiteren Zuschlag wird ein weiteres Überbot nicht zugelassen.

§. 16. Die für die erste Feilbietung festgestellten Bedingungen bleiben auch bei der neuerlichen Feilbietung maßgebend, soferne sie nicht in Folge eines gegen die erfolgte Veräußerung ergriffenen Rekurses abgeändert worden sind.

Die durch die Annahme eines Überbieters für denselben entstandenen Rechte und Pflichten erlöschen, wenn in Folge der rechtskräftigen Erledigung eines Rekurses gegen den von dem Überbote ertheilten Zuschlag die Feilbietungsbedingungen geändert wurden.

Digitized by Google

für welches diese Sanktion zuläſſig aufgeſtellt iſt, nicht erfüllt,

Außer dieſem Falle bleibt der Überbieter, auch wenn er nicht Erſteher wird, bis zum Eintritte der Rechtskraft der neuerlichen Meiſtbietung in der verſteigerten Liegenſchaft an ſein Anbot gebunden, ſoferne nicht die Exekution auf dieſe Liegenſchaft in einem früheren Zeitpunkte aufgehoben wurde.

§. 17. Wenn bei einer vollzogenen zwangsweiſen Veräußerung eines unbeweglichen Gutes der von dem Erſteher gebotene Preis nicht einmal die Hälfte des im §. 10 bezeichneten Vielfachen der Steuer erreicht, ſo iſt der Schuldner berechtigt, bei dem Gerichte, welches die Feilbietung vorgenommen hat, das Begehren zu ſtellen, daß die erfolgte zwangsweiſe Veräußerung als unwirkſam erklärt werde, wenn er nachweiſt:

1. daß der erzielte Preis nicht zureicht, um von der Forderung, wegen welcher die zwangsweiſe Veräußerung des Gutes vollzogen wurde, die Prozeß- und Exekutionskoſten, ferner die Zinſen, welche die gleiche Priorität mit dem Kapitale genießen und außerdem mindeſtens die Hälfte des Kapitals zu berichtigen und

2. daß die Durchführung der vollzogenen zwangsweiſen Veräußerung ſein wirthſchaftliches Verderben herbeiführen müßte.

Dieſes Begehren iſt von dem Schuldner ſchriftlich oder zu Protokoll innerhalb einer unerſtreckbaren Friſt von 14 Tagen zu ſtellen. Die Friſt läuft, falls ein Überbot innerhalb der im §. 11 feſtgeſetzten Friſt nicht gemacht wurde, vom Tage nach Ablauf der letzterwähnten Friſt, falls aber ein Überbot rechtzeitig gemacht wurde, vom Tage nach der in Gemäßheit des §. 15 vorgenommenen neuerlichen Feilbietung, beziehungsweiſe von der rechtskräftigen Abweiſung des Überbotes (§. 13).

Das Gericht hat über ein ſolches Begehren des Schuldners eine Tagfahrt auf möglichſt kurze Friſt anzuordnen und zu derſelben den Schuldner, den Exekutionsführer und den Erſteher, ſowie jene Perſonen, deren Intereſſen durch den Ausgang der Verhandlung berührt werden, von Amtswegen vorzuladen. Das Gericht hat ferner noch vor der Tagfahrt über die wirthſchaftlichen Verhältniſſe des Schuldners die erforderlichen Auskünfte von der Gemeinde- und von der politiſchen Behörde von Amtswegen einzuholen.

Nach Einvernehmung der Vorgeladenen und, falls nicht ſämmtliche Vorgeladenen erſchienen, auch in deren Abweſenheit hat das Gericht, nachdem es aus den Erklärungen der Erſchienenen und aus anderen, ohne Einleitung eines förmlichen Beweisverfahrens herbeizuſchaffenden Belegen einen verläßlichen Überblick der Sachlage erlangt hat, nach ſeinem Ermeſſen über das Begehren des Schuldners zu entſcheiden.

Digitized by Google

kann der Exequent, der Exekut, und jeder Pfandgläubiger [39]) um Relizitation ansuchen. Hierüber ist der Einschreiter und der Ersteher, letzterer mit der Weisung vorzuladen, sich über die Erfüllung des bezeichneten Bedingnisses auszuweisen, und mit Bescheid zu erkennen. Wird die Relizitation bewilligt, so ist ein neuer Feilbietungstermin anzusetzen, von welchem die Tabularinteressenten, wie von der ersten Feilbietung zu verständigen sind. Die Relizitation erfolgt zu den früheren Bedingnissen, bei Änderung der Sachlage zu neuen Bedingnissen, bei deren Feststellung das Interesse des früheren Erstehers streng zu wahren

---

Wird dem Begehren um Unwirksamerklärung der vollzogenen zwangsweisen Veräußerung stattgegeben, so ist zugleich auszusprechen, daß vor Ablauf eines Jahres von dem Zeitpunkte, in welchem dieser Ausspruch die Rechtskraft erlangt, eine neuerliche exekutive Feilbietung desselben Gutes wegen derselben Forderung nicht begehrt werden kann.

Bei Beurtheilung der Frage, ob die nach Ziffer 1 erforderliche Nachweisung hergestellt sei, sind Forderungen, welche ungetheilt auf der versteigerten und auf anderen Liegenschaften haften, nur mit jenem Theilbetrage in Anschlag zu bringen, welcher dem Verhältnisse des Werthes der versteigerten Liegenschaft zu dem Werthe der übrigen haftenden Liegenschaften entspricht. Die zur Sicherstellung dieses Werthes erforderlichen Belege sind von dem Gerichte noch vor der Tagfahrt von Amtswegen herbeizuschaffen; doch ist zu diesem Zwecke in keinem Falle eine besondere Schätzung zu veranlassen, sondern, wenn nicht gerichtliche Schätzungen sämmtlicher verschiedener Liegenschaften bereits vorliegen, die Bewerthung nach den im §. 10 bezeichneten Vielfachen der Steuer vorzunehmen.

Gegen die Entscheidung über das Begehren des Schuldners um Unwirksamerklärung der vollzogenen zwangsweisen Veräußerung ist der Rekurs zulässig.

Nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners kann das Begehren um Unwirksamerklärung einer vollzogenen zwangsweisen Veräußerung weder von dem Schuldner, noch von dem Masseverwalter gestellt werden.

Wird der Konkurs während des über ein solches Begehren anhängigen Verfahrens eröffnet, so ist das Begehren abzuweisen.

[39]) Besch. v. 2. November 1864, J. B. 63.

Digitized by Google

ist.[40]) In dem ausgeschriebenen Termine ist der frühere Ersteher vom Mitbieten ausgeschlossen und das Exekutionsobjekt um jedes Anbot hintanzugeben. Für den Abfall am Erlöse haftet der vertragsbrüchige Ersteher mit dem Vadium und seinem Vermögen;[41]) der Mehrerlös kommt nicht ihm, sondern den Inhabern dinglicher Rechte an dem Exekutionsobjekte zu.[42]) Wenn der Ersteher vor der zur Relizitation bestimmten Stunde ausweist, daß er seine Verbindlichkeit vollständig erfüllt, und die durch die eingeleitete Relizitation entstandenen Kosten ersetzt hat, so ist mit der Versteigerung nicht vorzugehen, §. 338 (451).[43])

Der Feilbietung folgt

4. Das Vertheilungsverfahren und die Einantwortung.[44])

Mit dem Vollzuge der Feilbietung erlangt der Ersteher das Recht auf lastenfreie Einantwortung des Exekutionsobjektes nach Erfüllung der Feilbietungsbedingnisse, welcher die Übergabe des Naturalbesitzes bei Gutsveräußerungen, und auch der Übergang der Gefahr und Lasten vorausgehen kann. Es erlöschen alle dinglichen Rechte an dem veräußerten Gute, und tritt an deren Stelle das Recht auf Befriedigung aus dem Kaufgelde, bei Kon-

---

[40]) G. U. 3319, Exner a. a. O. 365.

[41]) Das Vadium ist Kaution für die Kosten der Relizitation und den aus der Nichterfüllung der Verpflichtungen entstandenen Schaden, Ent. v. 19. Dezember 1878, Spruchp. 1, 117. — Anders Dr. Anton Ungermann: Uber Vadium und Relizitation, Jur. Bl. 1884 : 45, 46; Vadium ist Angeld.

[42]) §. 919 b. G. B. — Hfkzd. v. 12. Aug. 1825 Pol. G. S. 26. S. 46 für ärarische Relizitationen. — Exner a. a O. 365 — Haimerl: Beitrag zur Erklärung des §. 338 a. G. O.

[43]) Die vergeblich zu einem Feilbietungstermine erschienenen Kauflustigen haben keinen Ersatzanspruch G. U. 1259.

[44]) Exner a. a. O. 558 — Gspan, II. 76 — Klepsch im Magazin 13. 36. — Kopezky in Wagners Z. 1847 I. 1 — J. R. in der Ger. Z. 1873 N. 47 f. — Kohn in der Ger. H. 1879 Nr. 47, 48. — Fuchs in

Digitized by Google

kurrenz auf prioritätsmäßige Befriedigung.[45]) Die Erledigung der Frage, zu wessen Händen bei Konkurrenz von Berechtigten die Zahlung oder Sicherstellung des Kaufgeldes zu erfolgen habe, erfordert die Durchführung eines Vertheilungsverfahrens, welches für Tirol und Vorarlberg, wo keine ordentlichen Grundbücher bestanden, im Hfd. v. 19. November 1839 Nr. 388 (Graduationsordnung) geregelt ist, anderorts aber in Folge der Unzulänglichkeit der Vorschriften von der Praxis, allerdings nicht durchaus gleichmäßig ausgestaltet wurde.

Dem Ersteher kann das Gut nicht früher in das Eigenthum übergeben werden, als nachdem er den ganzen Kaufschilling erlegt, oder für die bedungenen Zahlungsfristen hinlängliche Sicherheit gegeben, oder sich mit den Theilnehmern dieserwegen sonst verstanden hat, §. 339 (452). Er ist jedoch nicht verhalten, den Abschluß der Verhandlung mit den Berechtigten abzuwarten, sondern kann seiner Verpflichtung durch gerichtlichen Erlag des Kaufgeldes (§. 1425 b. G. B.) genügen, und sohin die Einantwortung verlangen (Hfd. v. 11. August 1827 Nr. 2300); zu diesem Erlag ist er genöthigt, wenn die in den Feilbietungsbedingnissen bestimmten Zahlungsfristen vor der Beendigung der Vertheilungsverhandlung einfallen. Niemals darf durch den Erlag dem Rechte der Hypothekargläubiger auf vorausgehende Kündigung Abbruch geschehen, §. 328 (436),[46]) daher auch die Anschauung, daß der allsogleiche baare Erlag des Kaufschillinges eine dem Gesetze angemessene Bedingung sei, als irrig bezeichnet ist (Hfd. v. 22. Dez. 1815 Nr. 1197).

---

den Jur. Bl. 1881 : 35. — Weißberger: Die Behandlung der Zinsen bei der Meistbotsberechnung und die Vorrechtsklage, Ger. H. 1885: 24, 25.

[45]) David: Studien zum österr. Hypothekenrecht, Ger. Z. 1879 : 2, Note 3.

[46]) Die Exekution macht die Forderung fällig zu Gunsten, nicht auch zu Lasten der Hypothekare, Gspan §. 229, Exner 578.

Digitized by Google

Die Vertheilung des bei der exekutiven Feilbietung erzielten Kaufpreises unter die Berechtigten ist Sache der Realinstanz, §. 51 J. N. Der Richter hat, nachdem unter den Pfandgläubigern die ordentliche Verhandlung des Vorrechtes halber gepflogen wurde, dem Käufer jene, so er aus dem angebotenen Preise zu bezahlen hat, namhaft zu machen (Hfd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621); er hat „dem Käufer eines mit vorgemerkten Gläubigern belasteten Gutes ein Verzeichniß dieser vorgemerkten Gläubiger, nach der unter ihnen bestehenden Ordnung, mit dem Beisatze des einem jeden, als eine richtig anerkannte Schuld auszuzahlenden Betrages mitzutheilen" (Hfd. v. 23. Oktober 1794 Nr. 199).

Es ist also Sache des Richters, eine Liquidirungs- und Vorrechtsverhandlung mit den Interessenten durchzuführen und festzustellen, wer und in welchem Betrage aus dem Kaufschilling Befriedigung erhalten soll, gleichviel, ob es sich um den Zahlungsauftrag an den Ersteher, oder um die Zuweisung des im gerichtlichen Erlag befindlichen Kaufschillings handelt, auf welchen der Lastenstand des verkauften Objektes übertragen wurde. Der Kaufschilling ist eine Masse zur Befriedigung der Interessenten nach dem ihnen zukommenden Vorrechte, die vom Richter durchzuführende Verhandlung eine Partikularkonkursverhandlung;[47]) wie im Konkurse ist eine gemeinsame Verhandlung mit allen Interessenten zu pflegen, und ein für alle Theilnehmer **rem judicatam** schaffender Vertheilungsbescheid hinauszugeben.[48])

Da diese Verhandlung Amtsobliegenheit ist, erscheint es überflüssig, den Ersteher in den Feilbietungsbedingnissen zu verpflichten, entweder schon im Feilbietungsprotokolle, oder binnen 30 Tagen nach dem Zuschlage um Anordnung der Tagsatzung zur Kauf-

[47]) Exner a. a. O. 558.

[48]) Die bei manchen Gerichten üblichen Einzelnverhandlungen über die Erfolglassung von Theilen des in gerichtliche Verwahrung genommenen Kaufschillinges erscheinen dem Gesetze und der Sachlage nicht entsprechend.

Digitized by Google

schillingsberechnung anzusuchen.[49]) Das Gericht kann niemanden verpflichten, die in der Tagsatzung vorzunehmende Verhandlung durch Vorlegung eines schriftlichen Vertheilungsentwurfes vorzubereiten; häufig wird dazu der Ersteher in den Feilbietungsbedingnissen verhalten.[50]) Zur Berechnungstagsatzung sind, wie zur Feilbietung, alle Interessenten zu laden; für Abwesende ist ein Kurator zu bestellen.

Maßgebend für die Zuweisung des Kaufgeldes ist die Rechtslage im Zeitpunkte der exekutiven Veräußerung,[51]) Grundlage der mit den Interessenten zu pflegenden Verhandlung ist der Grundbuchsstand; über diesen hinaus sind alle auf dem Gute haftenden Forderungen zu berücksichtigen, welchen gesetzlich ein Vorrecht vor den übrigen Gläubigern, oder ein Pfandrecht nach allen Gläubigern gebührt (Hfd. v. 17. Mai 1796 Nr. 298). Vor allen Gläubigern gebührt auch ein Vorrecht den aus der Exekutionsführung, welche die Feilbietung herbeigeführt hat,[52]) erwachsenen nothwendigen Kosten der Schätzung und Feilbietung.[53])

Realansprüche, welche der Tabularstand ausweist, sind in dem bücherlichen Betrage und in der bücherlichen Rangordnung in die Vertheilung einzustellen, auch wenn der Berechtigte zur Verhand-

[49]) Bezielt wird damit die Vorlage der zur Vorladung der Interessenten erforderlichen Rubriken; — es kann aber die Pflicht des Gerichtes, die Meistbotsvertheilung selbst vorzunehmen (daher auch einzuleiten), durch abweichende Bestimmungen der Feilbietungsbedingnisse nicht behoben werden, Ent. v. 24. November 1885. Ger. Z. 1886 : 7.

[50]) Doch folgt aus der Nichterfüllung dieses Bedingnisses nicht die Zulässigkeit der Relizitation, selbst wenn sie in den Feilbietungsbedingnissen statuirt wäre, Ent. v. 7. September 1881, Spruchp. 1, 62, und auch nicht die in dieser Entscheidung angenommene Zulässigkeit des Zwanges, vergl. Note 49.

[51]) Die nach Vollzug der Feilbietung einverleibten Forderungen sind nicht zu berücksichtigen (§. 71 Gb. O.), Ent. v. 11. Juni 1884, Spruchp. 2, 166.

[52]) Ent. v. 12. September 1883, Ger. H. 1884 : 34.

[53]) Besch. v. 19. August 1863, Jud. B. 57.

Digitized by Google

lung nicht erschienen ist (vgl. §. 117 Kon. O.); rückständige Nebengebühren, welche gleiche Rangordnung genießen (§. 17. Gb. O.), bedürfen der Anmeldung. Bestand und Umfang, ebenso die Rangordnung kann durch allseitiges Einverständniß festgestellt, aber auch einseitig bestritten werden.

Berechtigt zur Bestreitung der Rangordnung sind unbezweifelt diejenigen, welche durch die Befriedigung des Anspruches in jener Ordnung, welche der Grundbuchsstand bestimmt, in ihren Rechten sich verkürzt erachten. Bei Bestreitung ist die erhobene Einwendung im Vertheilungsprotokolle anzumerken, und der Rechtsweg bezüglich der Rangordnung vorzubehalten.

Zur Bestreitung des Bestandes und des Umfanges des Realanspruches wird gemeinhin nur der Exekut berechtigt erkannt;[54] richtiger scheint es, dieses Bestreitungsrecht auch denjenigen zuzuerkennen, welche in Folge der Zuweisung der Post leer ausgehen würden, da nun nicht ein Schuldverhältniß, sondern die Frage zur Entscheidung steht, ob und in welchem Betrage der Anspruch auf Befriedigung aus einer gemeinsamen Masse bestehe, der Fall also sachlich beschränkt so liegt, wie bei dem förmlichen Konkursverfahren.[55] Die Bestreitung hat eine bedingte Anweisung auf den Kaufschilling (als „Ausscheidepost") zur Folge.

Da der Richter im Vertheilungsverfahren zu entscheiden hat, wer an dem Kaufschilling Theil nehme, so ist er auch verpflichtet, unbegründete Ansprüche trotz dem Tabularstande, jedoch unbeschadet der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworbenen Rechte, zurückzuweisen, selbst wenn sie nicht bestritten werden.[56]

---

[54] G. U. 1015, 2012, 4418, 4359, Ent. v. 12. Juli 1383, Spruchp. 1, 174, Weißberger, Ger. H. 1885 S. 242.

[55] Vergl. §. 119 K. O. — §. 5 des Hfd. v. 19. Nov. 1839 für Tirol — Exner 568. G. U. 2615, 5300.

[56] David a. a. O. Note 3 — G. U. 4251.

Digitized by Google

Der Richter hat Ansprüche, welche das Grundbuch ausweist, wenn sie nach einem Urtheile, einer Quittung u. d. g. nicht, oder nicht mehr zu Recht bestehen, auszulassen, daher auch die zu Gunsten des Exekuten haftenden Posten nicht zu berücksichtigen.

Pränotirte Ansprüche sind, wenn die Justifizirung versäumt erscheint, auszulassen: ist die Rechtfertigung noch offen, so erfolgt die Zuweisung bedingt von der Justifizirung, wenn diese nicht durch Anerkennung überflüssig wird. Posten, deren Löschung vorgemerkt ist, sind als unbedingte zu behandeln, wenn die Rechtfertigungsfrist abgelaufen, oder das Rechtfertigungsbegehren rechtskräftig abgewiesen ist; sonst hat bedingte Zuweisung zu erfolgen. Auf Supersätze ist durch Verwahrung der Rechte der Afterhypothekare Bedacht zu nehmen; ist die Hypothek selbst materiell ungiltig oder erloschen, so ist der bestehenden Afterhypothek soviel zuzuweisen, als zur Deckung nothwendig erscheint.

Bei Realansprüchen, welche nicht in Geld bestehen (durch den Verkauf entfallende Dienstbarkeiten, §. 32 Konk. O., verbücherte Bestandrechte §. 19 Gb. O., alte Pfandrechte für Leistungen), ist der von dem Berechtigten in Anspruch genommene Betrag in Rechnung zu stellen und zwar im Falle der Bestreitung bedingt. Für wiederkehrende Leistungen ist das zu berechnende [57]) Bedeckungskapital anzuweisen, welches nach dem Erlöschen des Bezugsrechtes den nachgehenden Gläubigern zufällt, wenn aber das Meistbot zur Bedeckung nicht zureicht, in der Art zur Verwendung gelangt, daß dem Bezugsberechtigten die volle Gebühr bis zur Erschöpfung der angewiesenen Bedeckung ausgezahlt wird (§. 34 Kon. O.). Eine solche Bedeckung nach dem zu ermittelnden Jahreswerthe der Leistung ist auch anzuweisen, wenn ein Ausgedinge haftet; der Ersteher wurde jedoch zur Naturalleistung verpflichtet

[57]) Bei Abgang anderer Feilbietungsbestimmungen ist der gesetzliche Zinsfuß der Berechnung zu Grunde zu legen.

Digitized by Google

erkannt.[58]) Haftet eine Pfandforderung simultan, so gelangt §. 37 K. O. zur Anwendung.[59])

Erscheint das Meistbot durch die Ansätze erschöpft, so ist mit den nachfolgenden Realberechtigten nur insoweit zu verhandeln, als für sie durch den Ausfall einer bedingt zugewiesenen Forderung, oder durch das Freiwerden eines Bedeckungskapitales Befriedigung in Aussicht steht. Die übrigen Berechtigten sind als leer ausgehend zu verzeichnen, um daraufhin die Löschung im Grundbuche zu vollziehen.

Der nach dieser Verhandlung vom Gericht verfaßte Vertheilungsbescheid (Graduation) ist dem Exekuten und den Realberechtigten (diesen eventuell auszugsweise mit Vorbehalt der Einsicht des vollen Inhaltes bei Gericht) zuzustellen, mit dem Bedeuten, daß jene, welche im Vorrechte sich verletzt erachten, binnen 30 Tagen die Vorrechtsklage anzubringen haben, widrigens die Vertheilung in Rechtskraft erwachsen würde.[60]) Gegen diesen Vertheilungsbescheid steht Rekurs zu, für welchen ohne weiteren Bedacht auf das der Zwangsvollstreckung vorausgegangene Verfahren die allgemeinen Bestimmungen gelten.

Zur Vorrechtsklage ist derjenige veranlaßt, welcher die dem Tabularstande entsprechende Einstellung eines Realanspruches bestreitet. Sie ist im Stadium der Exekution eine Klage auf Urtheil, „daß dem Kläger ein besseres Recht gebühre, als mit welchem er in der Klassifikation einkommt", §. 137 g. G. O. Das Urtheil bewirkt eine entsprechende Änderung der von dem Richter nach dem Tabularstande vollzogenen Klassifikation; der Beklagte und Besiegte tritt hinter den Kläger und zugleich hinter jene zurück, welchen unbestritten ein Vorrecht vor dem Kläger gebührt.[61])

[58]) Ent. v. 6. Mai 1873, Spr. R. 49, Ent. v. 11. Dezember 1883, Not. Z. 1885 : 10.

[59]) Ent. v. 16. Juli 1872, Sp. R. 4.

[60]) Vergl. §. 9 des Hofd. v. 19. Nov. 1839 für Tirol, §. 84 (137) G. O., §. 124 K. O. Ein außerstreitiges Vorrechtsverfahren ohne Wahrung der Vorrechtsklage läßt sich geradezu nicht denken.

[61]) Vergl. §. 143 g. G. O. — §. 136. K. O. — Exner 594.

Digitized by Google

Die Vorrechtsklage gehört zu Gericht, selbst wenn die Forderung von den Verwaltungsbehörden festzustellen ist.

Neben den Vorrechtsklagen verlaufen jene Prozesse, durch welche der Bestand und Umfang eines bedingt zugewiesenen Anspruches festzustellen ist. Auch diese Klagen sind, weil der Richter von Amtswegen für die Beendigung des Vertheilungsverfahrens zu sorgen hat, an eine Präklusivfrist zu binden, obwohl die Zuweisung des Meistbotes an jene, deren Anspruch liquid ist, nicht von der Beendigung dieser Prozesse abhängt.[62]) Die diesfälligen Klagen sind Bestreitungsklagen, mit welchen derjenige, welcher gegen die Zuweisung einer tabularmäßig bestehenden Post Einspruch erhoben hat, den Nichtbestand ausführt; sie sind Liquidirungsklagen, mit welchen derjenige, dessen Anspruch nach dem Tubularstande nur bedingt besteht, oder welcher für einen nicht ziffermäßigen Anspruch einen bestimmten Geldbetrag in Anspruch nahm, diesen Anspruch durch Urtheil feststellen läßt.

Nach rechtskräftiger Erledigung der Rekurse und Vorrechtsklagen ist dem Ersteher die Vertheilung hinauszugeben.[63])

Nach Ausweisung der Zahlung gemäß dem Vertheilungsbescheide bez. des Einverständnisses mit den Theilnehmern ist dem Meistbietenden das erstandene Gut in das Eigenthum zu übertragen, §. 339 (452); das geschieht durch Bewilligung der Eintragung der Einantwortungsverordnung in die öffentlichen Bücher.[64])

---

[62]) Streitigkeiten betreffend den Bestand und Vorrang der Pfandrechte sind auf den Prozeßweg zu verweisen mit Bestimmung einer kurzen Fallfrist für die Klage, Ent. v. 20. Jänner 1880, Not. Z 1885 : 52.

[63]) Die Zahlung an die auf den Kaufschilling verwiesenen Gläubiger kann vom Dritten gehindert werden durch Sicherungs- und Exekutionsmittel, insbesondere auch durch die Anfechtung jener Rechtshandlung, welche der Zuweisung zu Grunde liegt, §. 34 G. v. 16. März 1884 R. 36.

[64]) Ent. v. 21. Jänner 1885, Spruchp. 2, 166.

Digitized by Google

§. 176.

Die Exekution durch Veräußerung beweglicher Güter.

Gegenstand der Exekution sind alle beweglichen Sachen des Schuldners [1]) mit der bereits ausgeführten Beschränkung. Auch diese Exekution zerfällt in drei Stadien, die Pfändung, Schätzung und Feilbietung, doch kann im Summar-, Wechsel-, Mandats-, Bestand-, Bagatell- und Mahn-Verfahren mit der Pfändung zugleich die Schätzung angesucht und vollzogen werden [2])[3])

1. Die exekutive Pfändung.

I. Die Pfändung, enge Sperre und Transferirung. Im Exekutionsgesuche hat der Gläubiger jene Güter, welche in Exekution gezogen werden sollen, zu bezeichnen; [4]) er kann auch die Abnahme der Bar- und Werthschaften, welche der Schuldner bei sich führt [5]), und die Exekution solcher Gegenstände verlangen, welche Dritte für den Schuldner in Gewahrsam haben.

---

[1]) Wo die Überweisung einer Forderung des Exekuten dem Exequenten sofortige Befriedigung bringt, ist die Einantwortung und nicht die Pfändung gesetzmäßige Exekutionsart. Hinterlegtes Bargeld, hinterlegte Sparcassabücheln, welche im Verkehre als Bargeld gelten, sind daher Objekt exekutiver Einantwortung, Ent. v. 9. September 1885, Ger.-Z. 1885 : 85.

[2]) Wird die Exekution von einem begünstigten Kreditinstitute (Österr.-ung. Bank §. 38 Stat., österr. Bodenkreditanstalt ar. 111 Stat.) auf bewegliche Sachen des persönlichen Schuldners geführt, so ist mit der Pfändung zugleich die Schätzung vorzunehmen.

[3]) Die dem Abgeordnetenhause vorgelegte Exekutionsnovelle bestimmt im §. 8: Mit dem Ansuchen um Pfändung beweglicher Sachen kann in allen Fällen das Begehren um Schätzung derselben verbunden werden.

[4]) Es genügt die Angabe des Ortes (Wohnung, Geschäftslokal) zur Bezeichnung der der Exekution zu unterziehenden Mobilien, G. U. 2948. — Ein Gesuch um Pfändung aller wie immer Namen habenden Forderungen des Exekuten ist unbestimmt, daher unzulässig, G. U. 5972, 6257.

[5]) „Taschenpfändung" G. U. 7531.

Digitized by Google

Das um die Exekution angegangene Gericht verständigt den Exequenten von der Bewilligung der Pfändung. Vollzogen wird die Pfändung von jenem Gericht, in dessen Sprengel sich die Exekutionsobjekte befinden. Befinden sich die zu pfändenden Sachen im Sprengel des die Exekution bewilligenden Gerichtes, so verfügt dieses mit der Bewilligung sogleich den Vollzug durch das Expedit, und hat sich der zum Vollzug bestellte Beamte oder Gerichtsdiener mit dem Exequenten oder dessen Vertreter zu verständigen, ob die Exekution sofort oder über Anmeldung des Exequenten [6]) zu vollziehen sei. — Befinden sich die zu pfändenden Sachen im Sprengel eines anderen Gerichtes, so wird dieses Gericht um den Vollzug der bewilligten Exekution ersucht und nach Maßgabe des Ansuchens des Exequenten in dem Ersuchsschreiben davon verständigt, ob der Vollzug sofort oder erst über Anmeldung des Exequenten zu vollziehen sei. [7]) — Die Exekutionshandlung (Pfändung) kann überall, wo sie in geeigneter Weise vorgenommen werden kann, also auch außerhalb der Wohnung vollzogen werden. [8]) Bei dem Vollzug ist der Exekutionsbescheid dem Exekuten zuzustellen, und sind die als Pfand genommenen Sachen in einem Protokolle genau zu be-

---

[6]) Nach Ablauf der Amtsstunden kann Exekutionsvollzug nicht gefordert werden; die Fortsetzung des während der Amtsstunden begonnenen Vollzuges bestimmt sich durch die Sachlage; Ent. v. 2. Juli 1885, Spruchp. 2. 289.

[7]) Es kann die Exekution gegen einen abwesenden Schuldner, welcher einen wechselnden oder unbekannten Aufenthalt hat, auch in der Art bewilligt werden, daß der Exequent im Bewilligungsbescheide ermächtigt wird, den Vollzug unmittelbar bei jenem Bezirksgerichte anzusuchen, in dessen Sprengel sich zu pfändende Gegenstände befinden; Ent. v. 12. April 1876, Spr. R. 82.

[8]) Ent. v. 16. Dezember 1884, Ger. Z. 1885 : 10.

Digitized by Google

schreiben,[9]) wodurch der Gläubiger an denselben ein Pfandrecht erlangt, §. 342 (455).[10])

Diese exekutive Pfändung hat der Gläubiger auch dann zu erwirken, wenn er aus Sachen Befriedigung sucht, an welchen ihm vertragsmäßig (Res. v. 13. Juni 1784 Nr. 306)[11]) oder gesetzlich (Hfd. v. 5. November 1819 Nr. 1621) ein Pfandrecht zusteht. Einzelnen Kreditinstituten ist das Privilegium außergerichtlichen Pfandverkaufes zugestanden.[12]) Die Art der Realisirung des kaufmännischen Pfandrechtes bestimmt das Handelsgesetzbuch.

Die gepfändeten Gegenstände bleiben im Allgemeinen in der Verwahrung des Schuldners, dem auch die entsprechende Verwendung der Sachen vorbehalten ist; den Exequenten schützt das G. v. 25. Mai 1883 R. 78. Es steht aber auch dem Exequenten zu, im Pfändungsgesuche, oder auch bei oder nach der

---

[9]) Die Pfändung eines Waarenlagers erfordert die Beschreibung der einzelnen Sachen G. U. 4487; — die Pfändung einer geschlossenen Geldkasse begründet kein Pfandrecht an den Inhalt derselben, G. U. 3800. — Der Gerichtsdiener ist nicht befugt, die Zahlung der Forderung entgegenzunehmen, Ent. v. 15. September 1881, Jur. B. 1884 : 25. Der Exekutor ist nicht berechtigt, darüber zu entscheiden, ob die exequirte Forderung ganz oder theilweise berichtigt sei, Ent. v. 15. September 1881, Spruchp. 1, 289 (anders die Ent. v. 11. Dezember 1884, Ger. Z. 1885 : 11, die Vorlage einer Quittung über die Zahlung der Exekutionsforderung entbindet den Gerichtsdiener von der Pflicht zum Exekutionsvollzuge). — Die annäherungsweise Deckung der Forderung begründet keine Beschränkung der weiteren Pfändung, Ent. v. 13. Mai 1884, C. II. 309.

[10]) Die Frage, ob der im §. 456 b. G. B. dem rechtlichen Pfandrechtserwerb gewährte Schutz auch auf das pignus in causa judicati captum anwendbar sei? — verneint Schrutka, in Grünhuts Z. 12, 712.

[11]) Aussez — Minasiewicz — Turnes in Wagners Zeitschr. 1830 II. 183, 1835 II. 369, 1837 I. 187, 297, und II. 159, 1838 I. 377, 1840 II. 182. — Anders nach §. 454 g. G. O.

[12]) Vergl. Geller: Justizgesetze bei §. 340 a. G. O.

Digitized by Google

Pfändung die enge Sperre[13]) und Transferirung zu verlangen, §. 343 (456).[14])

Bei der Sperre werden die gepfändeten Objekte wohl in des Schuldners Verwahrung belassen, aber in ein Behältniß, nach Umständen in einen Wohnungsbestandtheil gebracht, und in demselben zugleich durch Anlegung des Gerichtssiegels verschlossen.

Bei der Transferirung werden gerichtlich verwahrbare Sachen vom Gerichtsabgeordneten zum Erlag bei Gericht übernommen, die übrigen Sachen aber einem Dritten, auch dem Exequenten[15]) in Verwahrung gegeben. Die Transferirung erfolgt auf Gefahr des Exequenten, d. h. er haftet für sein und des Verwahrers Verschulden, nicht aber für den Zufall, selbst wenn er erweislich die Sachen bei dem Schuldner nicht getroffen hätte. Mit Rücksicht auf diese Haftung steht wohl dem Exequenten allein die Bezeichnung des Verwahrers zu, und erscheint der Exekut nur soweit zur Einsprache berechtigt, als die Verwahrung bei gleicher Sicherheit mit geringeren Kosten zu erzielen ist, denn die Kosten der Exekution, also auch die Kosten der Transferirung hat der Exekut, soweit sie nothwendig waren, zu ersetzen. Das gilt auch für die Unterhaltungskosten bei fressendem Pfande; der Exekut kann nur durch eigene Betreibung der Schätzung und Feilbietung überflüssigen oder nutzlosen Aufwand vermeiden.

II. Simultanpfändung, Beitritt zur Pfändung, Nachpfändung. Das Pfandrecht wird, wenn es nicht schon vorher begründet war, ohne Rücksicht auf die Priorität des Exekutions-

[13]) Im Gegensatze von der Jurisdiktionssperre, die wohl heute noch durch Aufdrückung des Gerichtssiegels auf einem der gepfändeten Objekte vollzogen wird. Chorinsky: Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung S. 100 f.

[14]) Enge Sperre und Transferirung sind keine besonderen Exekutionsgrade, sondern Folgen der Pfändung, Ent. v. 29. September 1884, Spruchp. 2, 104.

[15]) Die Aufnahme in die Wohnung des Exequenten erklärt ausgeschlossen G. U. 2154, 3980, 4693.

Digitized by Google

gesuches durch den Pfändungsvollzug erworben.[16]) Sind dem Gerichtsdiener zwei Pfändungsaufträge für verschiedene Gläubiger gegen denselben Exekuten gleichzeitig zum Vollzug übergeben, so hat er dieselben für beide Exequenten unter Einem zu vollziehen, und hiermit für beide gleiches Pfandrecht zu begründen. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift gereicht dem Exequenten nicht zum Nachtheil.[17])

Sind die zu pfändenden Gegenstände bereits gerichtlich gepfändet, so vollzieht sich der Beitritt zur Pfändung über Ansuchen und ev. von Amtswegen durch Vormerkung des Pfandrechtes im Pfändungsprotokolle; doch ist vorher festzustellen, ob die in diesem Protokolle beschriebenen Gegenstände noch vorhanden sind, weil auf abgängige Sachen der spätere Exequent kein Pfandrecht erwerben kann. (Hofd. v. 19. November 1829, Z. 6649.)[18]) Zu Gunsten des zweiten Exequenten erfolgt die Nachpfändung, d. i. die pfandweise Beschreibung jener Sachen, die noch nicht gepfändet sind. An diesen Sachen hat der Nachexequent ein Vorzugsrecht, er kann beliebig deren Sperrung und Transferirung veranlassen; an den von dem Vorexequenten bereits gepfändeten Sachen hat der Nachexequent ein nachgehendes Pfandrecht; er kann diese Sachen, wenn sie in den Händen des Exekuten sind, wohl sperren, aber ohne Zustimmung des Vorexequenten nicht transferiren lassen, doch ist es dem Ermessen des Richters anheimgestellt, die dinglichen Rechte nachfolgender Gläubiger, soweit es ohne Beeinträchtigung der vorhergehenden Gläubiger geschehen kann, zu versichern, daher die Pfänder in gerichtliche Verwahrung zu nehmen, oder wenn dem früheren Gläubiger Sicherheit geleistet wird, die Transferirung zu bewilligen (Hfd. v. 25. Jänner 1823 Nr. 1921).

III. Vollzugsanstände. Ist die Wohnung oder das Geschäftslokale des Exekuten, wo die Pfändung zu vollziehen ist,

[16]) G. U. 3479, Ent. v. 18. Oktober 1883, Not. Z. 1884 : 4.
[17]) Ent. v. 25. Mai 1880, Ger. Z. 1882 : 24.
[18]) Vdg. des böhm. Appell. G. v. 29. Nov. 1829 Z. 14255.

Digitized by Google

verschlossen, oder wird die Öffnung einzelner Behältnisse verweigert, so ist das Hinderniß über Bericht vom Gerichte durch Beigebung des Schlossers und ev. einer Wache zu bewältigen, §. 344 (457). — Wird dem Exekutionsvollzuge Gewalt entgegengesetzt, so sind vom Gerichte die nöthigen Zwangsmittel vorzukehren, auch ist der Staatsanwaltschaft Anzeige zu erstatten, §. 345 (458). — An Vermögensstücken, welche sich bei dem Exekutionsvollzuge in dem Besitze des Exekuten befinden,[19]) ist über Verlangen des Exequenten die Exekution ungeachtet der geltend gemachten Ansprüche dritter Personen zu vollziehen,[20]) doch sind diese Ansprüche im Pfändungsprotokolle ersichtlich zu machen, und obliegt dem Gerichte, diese Personen zur Wahrung ihrer Rechte von der Bewilligung der weiteren Exekutionsschritte zu verständigen (Hfd. v. 29. Mai 1845 Nr. 889).[21]) — Wird um Pfändung von angeblich dem Schuldner gehörigen, in Verwahrung eines Dritten befindlichen Sachen angesucht, so hat das Gericht ohne Prüfung des Rechtes des Schuldners die Pfändung zu bewilligen, und für den Inhaber der Sachen einen Bewilligungsbescheid auszufertigen, doch darf die Pfändung gegen dessen Willen nicht vollzogen werden; der Vollzug der Pfändung berechtigt zum Rekurse. Dem Exequenten bleibt eine Klage auf Ersatz des aus der rechtswidrigen Hemmung der Exekution erwachsenen Schadens vorbehalten. Sind die Pfändungsobjekte in der Verwahrung einer Behörde, so genügt ein Ersuchsschreiben um Vormerkung des Pfandrechtes im Depositenbuche.

---

[19]) Vor der Vornahme der Pfändung ist festzustellen, ob sich der Exekut im Besitze der zu pfändenden Sachen befinde, G. U. 6648.

[20]) Der im gemeinschaftlichen Haushalte lebende Ehegatte muß, selbst wenn er der Miether der gemeinschaftlichen Wohnung ist, die Exekution der Effekten des anderen Ehegatten zulassen. Der Meldschein über die Wohnungsmiethe begründet nicht die Annahme des Eigenthums an der Wohnungseinrichtung, Ent. v. 2. Dezember 1884, Jur. Bl. 1885 : 4.

[21]) S. §. 181 über die sog. Entpfändungsklage.

Digitized by Google

IV. Relation und deren Erledigung. Über den Vollzug der Exekution (oder den Fehlerfolg) hat der Gerichtsabgeordnete unter Vorlage des Pfändungsprotokolles dem Gerichte Bericht zu erstatten, und dabei besondere Vorfälle anzuzeigen. Das Gericht hat die bei dem Vollzug der Pfändung vorgefallenen Fehler zu beheben, und sohin in Erledigung des Berichtes den Exequenten und den Exekuten von dem Exekutionsvollzuge zu verständigen; ihnen ist auch die Einsicht des Pfändungsprotokolles und die Erhebung von Abschriften freizuhalten.

Sind Druckschriften gepfändet, so ist der Sicherheitsbehörde das Verzeichniß mitzutheilen, damit jene Schriften von der weiteren Exekution ausgeschlossen werden, welche sich zur Feilbietung nicht eignen (V. v. 26. April 1853 R. 73).

Werden zu Markt gebrachte Lebensmittel und Früchte gepfändet, so ist nach §. 320 (522) sofort ein Sequester zu bestellen, welcher den Verkauf den Marktvorschriften gemäß besorgt (Hfd. v. 20. Mai 1796 Nr. 299).

2. Die exekutive Schätzung.

Unter Nachweisung des Vollzuges der exekutiven Pfändung kann der Exequent um die exekutive Schätzung der gepfändeten Sachen ansuchen, welche nach dem 17. Kapitel der G. O. in der Art vorzunehmen ist, daß der von den Schätzleuten genannte gemeine Werth der einzelnen Sachen in das Pfändungsprotokoll eingestellt wird. Das Protokoll wird sohin von dem Gerichtsabgeordneten dem Gerichte vorgelegt, welches die Parteien, wie von dem Vollzuge der Pfändung, zu verständigen hat, §. 347 (460). Sachen, welche sich in der Verwahrung eines Dritten befinden und dort gepfändet wurden, sind der Schätzung ohne Rücksicht auf derzeitige Einsprache zu unterziehen.[22])

[22]) Ent. v. 20. April 1880, Ger. Z. 1882 : 42.

Digitized by Google

Öffentliche Fondsobligationen sind ohne Schätzung der Feilbietung zu unterziehen. Diese erfolgt in Wien auf der Börse; anderorts ist aber eine Feilbietungstagfahrt mit dem Beisatze anzuordnen, daß der letzte zur Zeit der Feilbietung aus dem Börsezettel oder der Zeitung bekannt gewordene Kurs als Ausrufspreis dienen werde. Bietet niemand mindestens diesen Ausrufspreis, so sind die Obligationen durch das Landesgericht in Wien zum börsemäßigen Verkauf zu bringen. Aktien der österr.-ungar. Bank sind gleichfalls ohne Schätzung zur Feilbietung zu bringen, und nicht unter dem Kurswerth hintanzugeben (Hfd. v. 24. Jänner 1844 Nr. 778). Privatforderungen sind ohne Schätzung nach dem Nennbetrag auszurufen, aber bei der letzten Feilbietung allenfalls auch unter dem Nennbetrag zu veräußern (Hfd. v. 27. Okt. 1797 Nr. 385.) Geht die Forderung nicht auf Geld, so unterliegt sie allerdings der Schätzung. Es besteht an sich kein Grund, Forderungen auf wiederkehrende Leistungen der Schätzung und Feilbietung zu entziehen.[23])

3. Die exekutive Feilbietung.

Nach Vollzug der exekutiven Schätzung kann der Pfandgläubiger und auch der Exekut, dieser insbesondere wenn das Pfand dem Verderben ausgesetzt oder die Erhaltung mit Kosten verbunden ist, unter Anschluß des Ausweises über die Pfändung und Schätzung, und Vorlage der zur Verständigung der konkurrirenden Gläubiger erforderlichen Rubriken, um Feilbietung ansuchen, für welche die Anordnungen über die Feilbietung von Immobilien maßgebend erklärt sind, §. 347 (460). Doch ergeben sich folgende Modificationen:

a) die Aufstellung besonderer Feilbietungsbedingnisse erfolgt nur aus Anlaß besonderer Verhältnisse; allgemein ist zu bestim-

[23]) Vergl. aber die Ent. v. 19. Feber 1873, Sp. R. 41, wonach auf Ausgedinge nur mittelst Sequestration Exekution geführt werden kann.

Digitized by Google

men, daß der Ersteher das Meistbot sofort zu Händen des Gerichtsabgeordneten zu erlegen, und die erkauften Sachen sofort wegzunehmen habe;

b) zur Feilbietung hat der Richter drei (in dem beschleunigten Verfahren zwei) Termine in Zwischenräumen von beiläufig vierzehn Tagen anzuordnen;[24])

c) im Feilbietungsedikte sind die Sachen generell, und nur besonders werthvolle Sachen speziell zu bezeichnen, und nur der Schätzungswerth der letzteren anzugeben; die Vornahme der Feilbietung ist auf jenen Ort, wo sich die Sachen befinden, anzuordnen;

d) von der Anordnung der Feilbietung sind der Exequent, der Exekut, und mittelst der vorgelegten Gesuchsrubriken jene zu verständigen, für welche im Pfändungsprotokolle Pfandrechtsansprüche vorgemerkt sind, oder die nach Inhalt desselben durch die Exekution in ihren Rechten verletzt sein sollen; nebenan ist noch auf das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers Bedacht zu nehmen. Den Pfandgläubigern steht eine Einlösung der exequirten Forderung nicht zu;

e) bei der Feilbietung hat der Richter die Zeit für den Ausruf des höchsten Anbotes, und die den Kauflustigen zu gewährende Bedenkzeit entsprechend zu kürzen.

Im Falle der Konkurrenz von Pfandrechten hat, wie bei der Immobilarexekution, eine Vertheilungsverhandlung statt,[25]) nach deren Abschluß die Erfolglassung des in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Erlöses nach Maßgabe der Zuweisung zu erwirken ist.

[24]) Die dem Abgeordnetenhause vorgelegte Exekutionsnovelle nimmt, wie ausgeführt, im §. 9 nur zwei Feilbietungstermine in Aussicht.

[25]) Da nach §. 347 (460) wegen der Feilbietung der gepfändeten fahrenden Güter jenes zu beobachten ist, was inbetreff der liegenden Güter verordnet worden ist, finden bei der Vertheilung des Meistbotes für bewegliche Sachen die Anordnungen des §. 17 Gb. O. und des §. 35 Kon. O. über die Zuweisung rückständiger Zinsen sinngemäße Anwendung, Ent. v. 13. August 1884, Not. Z. 1885 : 41.

Digitized by Google

Register.

A.

Abkürzung der Einredefrist 292.
Ablehnung der Gerichtspersonen 40, der Zeugenaussage 388, 599.
Ableugnen des Besitzes 101, 231.
Abnahme von Bargeld 738.
Abschluß des Streitverhältnisses durch Abweisung der Klage 277, durch Erledigung der Streitsache 278.
Abschnitte des Prozesses 148, 154.
Abschrift, Beweiskraft 373, 596.
Absonderung bei Klagenhäufung 113, 226.
Abstehen von der Klage 280, von der Appellation 438.
Abstimmung bei Kollegialgerichten 38.
Abweisung der Klage 225, 277.
Abwesende 185.
Adhäsionsprozeß 44.
Advokaten 131, Rechte 133, Pflichten 135, Entlohnung 139.
Advokatenzwang 129, 134.
Änderung der Parteien 144, der Klage 311.
Afterbestandnehmer 563.
Agenten 143.
Aktenrotel 313, Zurotulirung 313, Exrotulirung 316.
Alimentation bei Haft 640, 687.
Amtspflichten der Gerichtspersonen 33.
Anerkennung 294.
Anfechtungsverfahren 494.
Angabe, eidliche 474, 690.
Angriffshandlung 161.
Annullirung exekutiven Verkaufes 728.
Anschlag statt Zustellung 183, 186, 553.
Anschlußpfändung 742.
Antizipation des Beweises 155, 289, 300.
Anwendbarkeit des Zivilprozeßrechtes 13.
Appellation 431, Appellationsverfahren 434.
Arbiträre Ordnung 154.
Armeneid 103.
Armenrecht 110.
Arrest 639, 687, 706.
Aufforderung 458.
Aufforderungsklage, Gerichtsstand 83, bei Berühmung 460, bei vorzunehmendem Bau 468, zur Bemängelung einer Rechnung 470.
Aufkündigung des Bestandvertrages 550, der Vertretung 137.
Aufsicht über die Gerichte 23, 33.
Augenschein 420.
Ausbleiben bei der Tagsatzung 206, Rechtfertigung des 208.
Ausländer, Gerichtsstand 88.
Ausländische Gesetze 14, Urtheile 661.

Digitized by Google

Auslegung 11.
Ausnahmsgerichte 21.
Außergerichtliches Geständniß 270.
Außerordentliche Prozesse 2, 9.
Ausschließung der Gerichtspersonen 39.

B.

Bagatellgericht 25, 35, 67.
Bagatellverfahren 570. Anwendbarkeit 572. Gerichtsbarkeit 576. Prozeßfähigkeit 577. Parteivertretung 577. Zeitberechnung 578. Die Klage 578. Die mündliche Verhandlung im Bag. V. 580. Der Beweis und die Beweisführung 591. Der Beweis durch Urkunden 596, durch Zeugen 598, durch Sachverständige und Augenschein 602, durch Abhörung der Parteien als Zeugen 603. Die Entscheidung mit Urtheil 610, mit Beschluß 616. Die Berichtigung der Urtheilsausfertigung 617. Die Nullitätsbeschwerde 618. Die Vorstellung und der Rekurs 621. Die Restitution 622.
Bau, Aufforderung 468.
Bedenklichkeit der Richter 39, der Urkunden 371, 384, der Zeugen 392, der Sachverständigen 413, 416
Bedingte Urtheile 279, 344, 349, 351, Vergleiche 281.
Beendigung des Rechtsstreites 277.
Begründung des Streitverhältnisses 220, der Klage 232, 289, der Urtheile und Bescheide 173.
Beilegung von Privatstreitsachen ohne Streitverfahren 210.
Beisitzer 30. 37.
Beiurtheil 174, auf Zeugenbeweis 397, auf Sachverständigenbeweis 415.
Bekanntmachung der Entscheidung 170.
Benennung des Auktors 127.
Berathung bei Gerichtshöfen 36.
Berggerichte 25, Beisitzer 30, Gerichtsbarkeit 64, 68. Verfahren 284.
Berichtigung der gerichtlichen Verfügungen 176, der Urtheile im Bagatellverfahren 617.
Berühmung 461.
Bescheid 172.
Bescheinigung 254, der Zustellung 186.
Beschwerde 34, 429.
Besetzung des Gerichtes 34.
Besitzstörung, Gerichtsstand 79.
Besitzstörungsverfahren. Voraussetzungen 514. Die Klage 517. Die Besitzstörungsverhandlung 518. Provisorische Anordnungen 522. Entscheidung 523. Rechtsmittel 523.
Bestandstreitigkeiten. Anwendbarkeit des besonderen Verfahrens 547. Gerichtszuständigkeit 76, 549. Aufkündigung 550. Räumungsauftrag 556. Verfahren 557. Räumungsfrist 560. Exekution 561. Stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages 562.
Bestandtheile des Urtheils 171, der Klage 232, 289; der Klagebeantwortung (Einrede) 300, der Replik 301.
Betreibungsprotokoll 32.
Beurkundung, Recht darauf 377.
Beweggründe 173.
Beweis 245. Beweisführung, Beweissatz 248. Beweismittel 249. Theorie 251. Eintheilungen 253. Beweislast 255. Gegenbeweis, Beweiseinreden 259. Beweis der Rechtsnorm 261. Befreiung von der Beweislast, gerichtliches Geständniß 263, Nichtbestreiten 264, Notorietät 265, Interimswahrheiten 266.
Beweisführung 275, indirekte 267. Zum ewigen Gedächtniß, Zuständigkeit 82. Zur Gewissensvertretung 343. Zur Vermeidung falschen Eides 332.
Bezirksgerichte 24. Ausübung der Gerichtsbarkeit 34. Städtisch delegirte 58.
Bezüge aus privaten Arbeits- und Dienstverhältnissen 695, der in öffentlichen Diensten stehenden Personen 697.
Bosnien 26.

Digitized by Google

C.

Calumnia 100, 209, 310.
Chikane 100.

D.

Dekret 173.
Defensor matrimonii 479, 484.
Dienststreitigkeiten 48, 210, 213.
Delation des Haupteides 334, 340; des Diffessionseides 507.
Delegation 90,
Delibationsverfahren 677.
Depositenamt 33.
Devolutiveffekt 433, 448.
Dienstleute, Gerichtsstand 73, als Zeugen 393.
Diffessionseid 374, 507.
Dilatorische Einreden 240.
Disziplinarbehandlung der Richter und richterlichen Hilfsbeamten 34, der Kanzleibeamten 34, der Parteien 99, 101, der Advokaten 132.
Dispositionsprinzip 151.
Dispositivurkunde 355.
Domizil 71.
Duplik 302.
Dupliken 242.

E.

Echtheit 370.
Echtheitsbeweis 374, 507, 597.
Edition 377, 597, der Handelsbücher 378.
Egypten, Gerichte der Reform 27.
Ehegattin, Gerichtsstand 72.
Eheprozeß 478. Verfahren über die Scheidung 479, über die Ungiltigkeit der Ehe 483, über die Trennung 487.
Eid 316. Arten 316. Eidesfähigkeit 319. Eidesleistung 321. Befreiung vom Eide 324. Eidesersatz 329.
Einantwortung von Forderungen 708, des erstandenen Immobile 737.
Eingaben 163.
Einheit des Verfahrens bei Streitgenossenschaft 116, im Besitz V. 521, im Bag. V. 587.
Einlösungsrecht 723.
Einrede, Frist 292, Inhalt 300.
Einreden 238, prozeßhindernde 226, 294.
Einreichungsprotokoll 32.
Eintritt in die Exekution 717.
Einwendungen im Wechsel V. 530, im Mandats V. 545, im Bestand V. 553, 556.
Eisenbahn, Bücher 64, Gerichtsstand für Klagen aus Ereignungen 80, Verfahren über solche Klagen 493, Einheit des Besitzes 691.
Elbezollgerichte 62.
Endurtheil 174.
Entsagung 280.
Entscheidungsgründe 173.
Erfüllungseid 348.
Erneuerung der Urkunde 373.
Erstreckung der Tagsatzung 198.
Exekution 649. Zur Sicherstellung 651. Zur Befriedigung 657. S. Vollstreckung.
Exekution von Ansprüchen außer Geldforderungen 703, auf Immobilien 714, auf Mobilien 738.
Exekutionsbeschränkungen 687.
Exekutionsvollzug 702.
Exekutivprozeß 472.
Exzindirung 684, 743.

F.

Fachmänner als Gerichtsbeisitzer 30, 37.
Falsche Aussage 410.
Fälschung 371.
Feilbietung von Immobilien 717, von Mobilien 745.
Feldbeschädigung, Gerichtsstand 79.
Ferien 188. Nullität der Kontumazirung in Ferien 443, 445.
Festtage 188.
Feststellungsklage 235.
Fideikommißangelegenheiten, Gerichtsstand 87.
Finanzprokuratur 141.
Finanzwache, Gerichtsstand 71.
Findelkinder, Gerichtsstand 73.

Digitized by Google

Fiskus, Gerichtsstand 73, Vertretung 141, Eid 319, Aufforderung 464.
Fluchtverdacht 639.
Forderungen als Sicherungsobjekt 632, als Exekutionsobjekt 708.
Form der Parteihandlungen 163, der Gerichtshandlungen 170, der Urkunden 366.
Formale Ordnung 154.
Formelle Wahrheit 159, Rechtskraft 176.
Forschungsmaxime 151, 484, 522.
Fragstücke 400, 402.
Freiwillige Gerichtsbarkeit 1.
Fremde, Gerichtsstand 88.
Fristen 190.

G.

Gegenbeweis 259, durch Zeugen 405.
Gegenschlußschrift 305.
Gelegene Sache, Gerichtsstand 81.
Gemeinschaftlichkeit der Beweise 422.
Genossenschaft, Parteifähigkeit 95, Bücher derselben 363.
Gericht 19. Verhältniß zur Staatsregierung 21. Organisation 23. Besetzung 29, 34.
Gerichtsbarkeit 53. Persönliche 57. Dingliche 63. Handelsgerichtsbarkeit 65. Seegerichtsbarkeit 67. Berggerichtsbarkeit 68.
Gerichtsfähigkeit 94.
Gerichtsgebrauch 12.
Gerichtskundigkeit 265, 592.
Gerichtsordnung 4.
Gerichtspersonen 29, Ausschließung und Ablehnung 39.
Gerichtssprengel 24, 55, engerer und weiterer der Gerichtshöfe erster Instanz 58, der Oberlandesgerichte 28.
Gerichtsstand 69, allgemeiner 71, abgeleiteter 72, besonderer 74, vereinbarter 90.
Gerichtstage 280.
Gerichtsvorsteher, Gerichtsstand 80.
Gesetz, Prüfung 22.
Geständniß 242, 246, gerichtliches 263, außergerichtliches 270.
Gesuch 161.
Gewerbegenossenschaften 48, 210.
Gewerbegerichte 211.
Gewissensvertretung 343.
Glaubhaftmachung 254.
Grundbuchsamt 33.
Grundsätze des Zivilprozeßrechtes 150.
Güternamhaftmachung 474.

H.

Handelsgerichte 25, 67. Beisitzer 30, 37. Verfahren 284.
Handelsbücher 360.
Handelsgesellschaft, Gerichtsstand 74. Parteifähigkeit 95. Eid 320.
Handelsmäkler, Beweis durch deren Beurkundung 358.
Handelssachen 65.
Handlungsrecht, Handlungspflicht 202.
Handschriftenvergleichung 375, 507, 597.
Handwerkerbücher 365.
Haupteid 334. Befugniß zur Auftragung 335. Beschränkung der Delation 336. Der Haupteid mit und ohne Beisatz 337. Die Delation 340. Zurückschiebung 341. Urtheil auf den Haupteid 344. Die Ablegung und Auslassung 345. Die Antretung 345.
Hauptintervention 120, 684.
Hauptpersonen im Prozesse 92.
Heimlichkeit des Verfahrens 159.
Hilfsämter 32.
Historischer Klagegrund 233.
Hypothekarklage, Gerichtsstand 82.

J.

Inhabilität des Richters 39.
Inhalt der Klage 232, 289, der Einrede 300.
Inkompetenzeinrede 295.
Inrotulirung 313.
Interimswahrheit 266.
Intervention 120.
Inspektion der Urkunden 383, der Handelsbücher 385.
Inzidenzstreitigkeiten 149, 168, 174.
Irreferibler Eid 342, 507.

Digitized by Google

Judikatenbuch 12.
Jurisdiktion 53.
Juristische Personen, Gerichtsstand 73, Parteifähigkeit 94, Eid 319.
Justifizirungsklage, Kompetenz 82, bei Arrest 641, Verbot 645, Sequestration 648.
Justizgesetzsammlung 9.
Justizministerium 23, 34.
Justizverzögerung 23, 34.

K.

Kabinetsjustiz 21, 150
Kaiser 41.
Kalumnieneid 101.
Kanzleibeamte 32.
Kaufschillingsvertheilung 730, 746.
Kaution 101, aktorische 102. Gesuch um Bestellung 294. Beschränkung der Exekution auf Kautionen 692.
Klage 232, 289. Häufung 112. Begehren 235. Abweisung 277. Zustellung 186, 291. Änderung und Verbesserung 311.
Klagerückerlag 297.
Kollegialgerichte 24. Ausübung der Gerichtsbarkeit 35. Die Senate 37. Sachliche Kompetenz 56, 58.
Kompensation der Prozeßkosten 105.
Kompensationseinrede 559.
Kompetenz 53. Konflikte 50. Feststellung, Dauer und Umfang 54. Begrenzung 55. Sachliche 57. Örtliche 69. Kompetenzstreit 89. Kompetenz zur Zwangsvollstreckung 668.
Konkurs, Gerichtsstand 83, Einfluß auf den Prozeß 146.
Konnexität 43. Gerichtsstände aus formeller 82, aus materieller Konnexität 87.
Konsulargerichte 26. Ausübung der Gerichtsbarkeit 36.
Kontumaz 205, s. Versäumniß
Konzentrationsmaxime 155.
Kopien 373.
Kreditinstitute. Bücherbeweis 364. Mandatsverfahren 546. Exekutionsbegünstigung 661, 716, 720.
Kunstverständige, s. Sachverständige.

L.

Legitimation zur Vertretung 130, 135, 141. Zur Sache 99, 233, 241.
Lehensstreitigkeiten, Kompetenz, 87.
Liegenlassen des Prozesses 206.
Liquidität der Beweise 254.
Literatur 16.
Litis contestatio 224, 228, denuntiatio 124.

M.

Mahnverfahren 624. Gegenstand desselben 625. Zuständigkeit 627. Gesuch um Zahlungsbefehl 628; Erledigung desselben 629. Rechtsmittel gegen die Erledigung 630. Die Wirkungen des Ansuchens um Zahlungsbefehl 633. Erwirkung des Zahlungsbefehles mit Klage 634.
Mandatsprozeß 541. Voraussetzungen 542. Streitgenossenschaft 119. Rekurs und Einwendungen gegen das Mandat 545. Die Exekution zur Sicherstellung 546. Der Mandatsprozeß zu Gunsten der Kreditanstalten 546, in Syndikatssachen 546.
Manifestation 474, 690.
Manuduktionsverfahren 307.
Materielle Rechtskraft 177, Wahrheit 159.
Maximen des Zivilprozeßrechtes 151.
Mehrheit der Parteien 93, 113.
Meineidserinnerung 322, Verhinderung 332.
Meistbotsvertheilung 730, 746.
Militärgerichte 26.
Militärpersonen, Gerichtsstand 71, 73. Arrestirbarkeit derselben 688. Heiratskautionen 692, 699.
Minderjährige, Prozeßfähigkeit 95, bei Gewerbegerichten 212, im Bagatell V. 577.
Mittelbarkeit 156.
Monumente 353.
Mündlichkeit 156.

Digitized by Google

Mündliches Verfahren 283, Verlauf desselben 306.
Muthwillenstrafe 101.

N.

Nachpfändung 742.
Nachträge zu den Prozeßschriften 305.
Nachtragsverordnungen zur G. O. 8, 9.
Nativität der Klage 234.
Nebensache 237.
Nebeninstitut der Gerichte 32.
Nebenpersonen im Prozesse 93.
Nennung des Auktors 127.
Neuerungen 155, 301. Neuerungsverfahren 309.
Nichtigkeit, Gründe 443, devolutive Beschwerde 444, remonstrative Beschwerde 446.
Notare 142.
Notariatsakte, Exequirbarkeit 661, Hinderung der Exequirung 685.
Notheid 318.
Nothwendige Vertreter 96.
Notorietät 265.

O.

Oberlandesgerichte 28, Senate 37, Kompetenz 56.
Oberster Gerichtshof 29, Senate 37, Kompetenz 57.
Oberstthofmarschallamt 25. Senate 37. Kompetenz 55, 68, 703.
Örtliche Kompetenz 69.
Öffentliche Obligationen 745.
Öffentlichkeit 159.
Offenkundigkeit 265.
Offiziere, Schuldklage gegen 293.
Opposition 655, 681.
Organisation der Gerichte 23.
Ort des Prozesses 187.

P.

Partei 92.
Parteifähigkeit 94.
Parteieide 317, 325.
Parteihandlungen 161.
Parteiöffentlichkeit 159.
Parteizeugniß 603.
Paupertätseid 103.
Personalarrest, vorsichtsweiser 639, exekutiver 687, zur Realisirung einer unvertretbaren Handlung 706.
Pfändung von Immobilien 714, von Mobilien 738.
Postulationsfähigkeit 98.
Präklusion der Inkompetenzeinrede 91.
Pränotation, Gerichtsstand der Rechtfertigung 82.
Prävention 70, Einrede der 295.
Prinzipien des Zivilprozeßrechtes 150.
Privilegienstreitigkeiten 492.
Prokurator 129.
Prorogation 90.
Protokoll über die Gerichtssitzungen 39, über Parteihandlungen 165.
Prozeßbegründung 220, Rechtswirkungen 228.
Prozeßbitte 237, 289.
Prozeßeinreden 239.
Prozeßfähigkeit 95.
Prozeßgang 148.
Prozeßgesetz, örtliche Grenzen 13, zeitliche Grenzen 15.
Prozeßhandlungen der Parteien 161, des Richters 166.
Prozeßkosten 104.
Prozeßleitung 166.
Prozeßsubjekte 92.
Prozeßverjährung 282.
Prozeßvollmacht 130, 135, 141.
Prozeßvoraussetzungen 227.

Q.

Quadruplik 305.
Qualifizirtes Geständniß 243.
Quantitätseid 351.

R.

Räumungsauftrag 556.
Realgerichtsbarkeit 63.
Rechnungsprozeß 470.
Rechtfertigungsklage, Kompetenz 82, 88.
Rechtsgrund der Klage 232.
Rechtshilfe 661.
Rechtskraft 177.

Digitized by Google

Rechtsmittel 176, 429.
Rechtsvermuthung 267.
Referens instrumentum 372.
Registrirung Gerichtsstand 76.
Registratur 32.
Reichsgericht 20, Entscheidung von Kompetenzkonflikten 50.
Reisende, Gerichtsstand 78.
Reinigungseid 348.
Rekognoszirung, s. Inspektion 383—5.
Rekurs 447.
Replik 304.
Repliken 242.
Responsionen 242.
Restitution, Kompetenz 83, bei Versäumung einer Frist, einer Tagsatzung 208, wegen neu aufgefundener Beweismittel 452, wegen schlechter Vertretung 455.
Revision 440.
Reziprozität 662.
Richter 29, Unabhängigkeit 29, Haftpflicht 34, 563.
Richterliche Hilfsbeamte 31.
Richterpflicht gegenüber den Parteien 100.

S.

Sachlegitimation 99, 233, 241.
Sachverständige, Stellung derselben 412. Sachverständigenpflicht 412. Zulässigkeit 413. Verfahren bei dem förmlichen Beweis 415, bei dem Beweis zum ewigen Gedächtniß 418.
Schätzung 412, exekutive von Immobilien 715, von Mobilien 744.
Schätzungseid 317, 350.
Scheidung der Ehe 479.
Schiedseid 317, 334.
Schiedsrichter 215.
Schlüssigkeit der Klage 238.
Schlußschrift 305.
Schreibfehler im Urtheile 176. 617.
Schriftliches Verfahren 283. Verlauf desselben 304.
Schriftlichkeit 156.
Seegerichtsbarkeit 25, 67.
Sequestration des Streitgegenstandes 645, provisorische 652, exekutive 709.
Sicherstellungsmittel 637.
Sicherstellung, Kompetenz für die Bewilligung und für die Rechtfertigung 88, Exekution zur Sicherstellung 651.
Staatsgerichtshof 19, 42.
Stillstand des Prozesses 144, 146, 147, 206.
Stimmführer 38.
Species facti 138.
Sperre 741.
Spruchrepertorium 13.
Strafen 101, 584, 687.
Strafsachen, Zusammenhang mit Zivilsachen 44.
Streitausschließung 225, Ablehnung 226, 294, Einlassung 221, 299.
Streitgehilfe 126.
Streitgenossenschaft 113, im Wechsel- und Mandatsprozesse 118. Prozeßkosten 108. Eid 328, 340, 349.
Streitverhältniß, Begründung 220.
Streitverkündigung 124.
Subjekte des Prozesses 92.
Subjektive Klagenhäufung 113.
Submission 294.
Sühneversuch 281.
Summarisches Verfahren 490. Anwendbarkeit 492. Parteivertretung 495. Die Klage und deren Erledigung 497. Die Tagsatzung 499. Zeugenbeweis 504. Kunstverständigenbeweis 505. Urkundenbeweis 506. Parteieide 508. Urtheil 509. Appellation 510. Revision 512. Nullitätsbeschwerde 512. Rekurs 513. Restitution 514.
Summarischer Zeugenbeweis 406.
Summarischer Zivilproceß 2.
Syndikatsproceß 563. Kompetenz 566. Verfahren 567. Rückersatzproceß 569. Beschränkung der Exekution 569, 699.

T.

Tabulargerichtsbarkeit 63.
Tagsatzung 197.
Taschenpfändung 738.
Taubstumme 98

Digitized by Google

Theilurtheil 174. 397. 611.
Tod der Partei 144, vor der Eidesleistung 329, des Zeugen 399, 407.
Transferirung 741.
Trennung der Ehe 487, der Justiz von der Verwaltung 24.
Triplik 305.
Tunis, Ordnung der Gerichtsbarkeit 27.

U.

Überbot 726.
Überschau 414, 415.
Überweisung einer Besoldung 708.
Ungehorsam 99, 201.
Ungiltigkeit der Ehe 483.
Unmittelbarkeit 156.
Urkunden 353. Arten 355. Formelle Erfordernisse 366. Echtheit 370. Unverfälschtheit 371. Heftung 372. Abschriften 373. Erneuerung 373. Edition 377, 597. Beweisführung 382.
Urtheil 171, 174. Auf den Haupteid 344. Erfüllungseid 349. Schätzungseid 351.

V.

Vadium 718, 724, 730.
Veränderungen auf Seite der Parteien 144.
Veräußerung der Streitsache 144.
Verbesserung der Klage 311.
Verbot auf fahrende Güter 642.
Verfahren außer Streitsachen 1.
Vereinbarung der Zuständigkeit 90, des Verfahrens 287.
Vereitelung der Exekution, Schutz 702.
Verfassungsgerichte 19.
Vergleiche 217, gerichtliche 281.
Vergleichung der Handschriften 375, 507, 597.
Vergeltung 14, 89, 672.
Verhandlungsmaxime 151.
Verkaufsannullirung 728.
Verlängerung der Fristen 191.
Verlassenschaftsgericht 74.
Vermittlungsämter 217.
Vermuthung, gesetzliche 267, gemeine 268.
Vernichtung der Urkunde 373.
Verordnung, Prüfung derselben 22.
Verpachtung, exekutive 713.
Versäumniß 201. Eintritt der Versäumnißfolgen 205.
Versöhnungsversuche 480, 487.
Verstoß gegen die Konzentrationsmaxime 202, 309.
Versuch der Güte 281.
Vertheidigungshandlung 161.
Vertheilung des Meistbotes 730, 746.
Vertrag, Gerichtsstand 77.
Vertretung der Prozeßunfähigen 96, der Partei 129, durch Advokaten 131.
Vertretungsleister 121, Kosten 108.
Verwaltung, Gerichtsstand 79.
Verwaltungsbehörde, Verhältniß zu den Zivilgerichten 46, 50. Vollstreckung der Entscheidungen 659.
Verwaltungsgerichtshof 20, 49, 52.
Verzicht, s. Entsagung.
Vollstreckbarkeit richterlicher Sprüche und gerichtlicher Verträge 657, der Entscheidungen der Verwaltungsbehörde 659, der Schiedssprüche 215, 661, der Urtheile eines fremden Staates 661. Vollstreckbare Urkunden 660. Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit 665.
Vollstreckung, Kompetenz zur Bewilligung und zum Vollzuge 668. Antrag auf Vollstreckung 672.
Vorläufer des Prozesses 148. Vorrechtsklage 736.

W.

Wechselgerichtsbarkeit 65.
Wechselseitiges Gehör 150.
Wechselverfahren 524. Anwendbarkeit des Gesetzes, Kompetenz 525. Die Klage auf Zahlung 526, auf Sicherstellung 529. Streitgenossenschaft 118. Einwendungen gegen das Mandat 530. Die wechselrechtliche Verhandlung 533. Das Urtheil 534. Appellation und Revision 536.

Digitized by Google

Rekurs 536. Restitution 537. Sicherstellung im Zuge des Verfahrens 538. Die wechselrechtliche Exekution 540.
Weisartikel 396, 399.
Widerklage Gerichtsstand 84, eigentliche Widerklage 86.
Widersetzlichkeit 743.
Widerspruch 242.
Wiedereinsetzung, s. Restitution
Winkelschreiberei 143.
Wirkungen der Parteihandlungen 166, der richterlichen Prozeßhandlungen 176.
Wissenseid 318, 337.
Wohnung, Angabe behufs Zustellung 183. Wohnungsänderungen 183.
Würderungseid 350.

Z.

Zahlungsbefehl, bedingter 629.
Zeit für die Prozeßhandlungen 188.
Zeuge 387. Zeugnißpflicht 388. Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit 389.
Zeugenbeweis, ordentlicher 396, summarischer 406, zum ewigen Gedächtniß 408.
Zivilgerichte 19; erster Instanz 24, zweiter und dritter Instanz 28.
Zivilprozeßrecht 2, 4. Quellen 7. Rechtliche Natur 11. Auslegung 11. Literatur 16.
Zivilprozeßsache 41.
Zurücklegung der Klage 297.
Zusatzartikel 396.
Zusammenhang mehrer Rechtssachen 43.
Zuschiebung des Haupteides 340.
Zuschlag 724.
Zuständigkeit, s. Kompetenz.
Zustellung 183.
Zwangsvollstreckung, s. Vollstreckung.
Zwischenstreit 149. Form der Entscheidung 174. Kosten 106, 109.

Digitized by Google

Störende Satzfehler.

Seite	5	Zeile 20	Bergerichte, lese: Berggerichte.
„	21	„ 22	berichtigende, lese: berechtigende.
„	23	„ 19	Beschwerden, wenn Verzögerung, lese: Beschwerde wegen Verzögerung.
„	79		Überschrift des Paragraphen: Reste des gemeinschaftlichen, lese: Reste des gemeinrechtlichen.
„	93	Zeile 29	prossessor, lese: possessor.
„	106	„ 27	der Verrechnung, lese: der Vernehmung.
„	152	„ 26	oder wie in, lese: oder wenn in.
„	168	„ 22	normale Legitimation, lese: formale Legitimation.
„	179	„ 4	Konkursmasse an den Kridatar, lese: Konkursmasse gegen den Kridatar.
„	188	„ 2	beschränkter Ausdauer, lese: beschränkter Amtsdauer.
„	209	„ 10, 11	und so mithin, lese: und sohin mit.
„	252	„ 23	und wenn der, lese: und wem der.
„	253	„ 31	des Tagebuches, lese: das Tagebuch.
„	265	„ 14	Notorität, lese: Notorietät.
„	266	„ 23	das Vorbringen der Partei, lese: das Vorbringen der Parteien.
„	306	„ 17	Vereinigung, lese: Bereinigung.
„	460	„ 3	kontiöser, lese: kontintiöser.
„	644	„ 4	an dem Schuldner, lese: an den Schuldner.
„	725	„ 11	Anbot, der auf, lese: Anbot, das auf.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google